



Universidad
de Alcalá

EL DISCURSO DEL ODIO Y EL DISCURSO TERRORISTA: ¿LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

(ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 510 Y 578 CP)

***HATE SPEECH AND TERRORIST SPEECH: LIMITS TO
FREEDOM OF EXPRESSION?***

(STUDY OF ARTICLES 510 AND 578 CP)

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN
ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO**

AUTORA: D^a SANDRA GARCÍA GALLEGO

TUTORA: PROF. DRA. D^a RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Alcalá de Henares, a 18 de marzo de 2021

RESUMEN

En el presente estudio se abordan aquellos planteamientos dogmáticos y político-criminales que conciernen a los polémicos “delitos de expresión” recogidos en nuestro Código Penal, concretamente a los discursos de odio y a los discursos terroristas, realizándose un análisis legal y jurisprudencial de cada tipo penal en consonancia con su injerencia en los Derechos fundamentales a la libertad de expresión e ideológica.

Al igual que a lo largo de esta investigación se intentará dar explicación a interrogantes como: ¿Es lo mismo el discurso terrorista que el discurso de odio? ¿Tiene límites el humor? ¿Qué discursos se encuentran amparados por el Derecho a la libertad de expresión? ¿Se está aplicando la teoría del Derecho penal del enemigo en aquellos discursos disidentes?

Palabras clave: Discurso de odio. Discurso terrorista. Libertad de expresión. Terrorismo. Odio.

ABSTRACT

This document studies from dogmatic and political-criminal approaches that concern the controversial crimes of expression included in our Penal Code, specifically hate speeches and terrorist speeches, carrying out a legal and jurisprudential analysis of each criminal type accordingly with its interference in the fundamental rights to freedom of expression and ideology.

As throughout this investigation, will be try to answer questions such as: Is terrorist speech the same as hate speech? Does humor have limits? What speeches are protected by the Right to freedom of expression? Is the enemy's criminal law theory being applied in those dissenting speeches?

Key words: Hate speech. Terrorist speech. Freedom of expression. Terrorism. Hate.

ABREVIATURAS

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

ATS: Auto del Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CMRC: Circunstancia Modificativa de la Responsabilidad Criminal

CP: Código Penal

Dir.: Director

Dirs.: Directores

DLL: Diario La Ley

Ed.: Editorial

EPHEG: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernar

Europol: Oficina Europea de Policía

FJ: Fundamento Jurídico

FRA: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

ICERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

InDret: Revista para el Análisis del Derecho

JD: Jueces para la Democracia

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

MCRC: Movimiento de Ciudadanos hacia la República Constitucional

Nº: Número

Núm.: Número

OI: Organización Internacional

OJ: Ordenamiento Jurídico

P: Página

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PP: Páginas

PPR: *Public Policy Review*

RAD: Revista Aranzadi Doctrinal

RAJyL: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología

Rec.: Recurso

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

REDC: Revista Española de Derecho Constitucional

RGDP: Revista General del Derecho Penal

RRSS: Redes sociales

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SS.: Siguietes

SSTEDH: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

VV.AA.: Varios Autores

A tot aquell que lluita per una societat més justa i igualitària.

A la meva família, especialment als meus avis allà on estigueu.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: SOBRE EL DELITO DEL DISCURSO DEL ODIO	13
1. CONCEPTO DEL DELITO DE ODIO.....	13
1.1. El delito de discriminación.	14
1.2. El delito de odio, <i>bias crimes</i> o <i>hate crimes</i>	16
1.3. La acogida de los dos modelos de conducta delictiva de los delitos de odio en la legislación española.....	16
2. ANÁLISIS DEL PRECEPTO 510 DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.....	18
2.1. El bien jurídico protegido.	20
2.2. Tipos objetivos de injusto.	21
2.2.1. Elementos comunes de las conductas típicas del art. 510 CP.....	21
2.2.2. Conductas típicas del art. 510 CP.	22
A. Artículo 510.1.a) CP: El delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia.	22
B. Artículo 510.1.b) CP: La producción, elaboración, posesión, distribución o difusión de materiales idóneos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.	23
C. Artículo 510.1.c) CP: La negación, trivialización o enaltecimiento grave de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.....	24
D. Artículo 510.2.a) CP: Actos de humillación, menosprecio o descrédito por motivos discriminatorios.....	26
E. Artículo 510.2.b): Enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión cometidos por móviles discriminatorios.	27
2.2.3. Conductas agravadas del artículo 510.....	28
A. El párrafo segundo del art. 510.2.b).....	28
B. Art. 510.3 CP: A través de un medio de comunicación.	29
C. Art. 510.4 CP: Alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de temor.	29
2.2.4. Otras disposiciones del 510 CP.....	30
A. Art. 510.5 CP: Inhabilitación especial.	30
B. Art. 510.6 CP: Destrucción, borrado o intervención de libros, archivos, documentos, archivos y cualquier otro tipo de soporte.	30
2.3. Tipos subjetivos de injusto.	31
2.3.1. Dolo.....	31
2.3.2. Motivos discriminatorios.	31
2.4. La circunstancia agravante del artículo 22.4 CP.	32

3.	EL “DISCURSO DE ODIO” O <i>HATE SPEECH</i> .	34
4.	LA ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCURSO DE ODIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA...	36
5.	EL DISCURSO DE ODIO VS. EL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	37
5.1.	El discurso de odio en la jurisprudencia.	40
5.1.1.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	40
5.1.2.	El Tribunal Constitucional.	42
5.1.3.	El Tribunal Supremo.	44
	CAPÍTULO 2: SOBRE EL DELITO DEL DISCURSO TERRORISTA	47
1.	EL DELITO DE TERRORISMO.	47
1.1.	La necesidad de alcanzar un concepto jurídico de terrorismo.	47
1.2.	Breve análisis sobre la regulación antiterrorista en el Código Penal.	51
1.2.1.	El elemento subjetivo del tipo.	51
	A. Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo	51
	B. Alterar gravemente la paz pública.	52
	C. Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional	52
	D. Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.	53
1.2.2.	El elemento objetivo del tipo.	53
1.2.3.	La lesividad específica de los delitos de terrorismo	54
2.	EL LEGUAJE COMO MECANISMO DE COMUNICACIÓN EN LOS DELITOS DE TERRORISMO	55
3.	EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO	56
3.1.	Antecedentes normativos	57
3.2.	La apología como infracción relativa al terrorismo	59
3.3.	Bien jurídico protegido.	61
3.4.	Elementos del tipo.	61
3.4.1.	Tipo objetivo de injusto del delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo.	62
3.4.2.	Tipo subjetivo de injusto subjetivo del delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo.	62
3.4.3.	Tipo objetivo de injusto del delito de humillación a las víctimas del terrorismo	65
3.4.4.	Tipo subjetivo de injusto del delito de humillación a las víctimas del terrorismo	65
4.	EL DISCURSO DE ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO Y/O HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS VS. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	66
4.1.	La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	66
4.2.	La respuesta jurisprudencial del Tribunal Constitucional.	68

4.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo	70
CAPÍTULO 3: LOS “DELITOS DE EXPRESIÓN”: EL DISCURSO DEL ODIO Y EL DISCURSO	
TERRORISTA	76
1. INTRODUCCIÓN: TERRORISMO Y ODIO	76
2. PROBLEMAS CONCURSALES: EL ART. 22.4º CP COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE UN DELITO DE TERRORISMO	76
2.1. El principio de inherencia	77
2.2. El principio de insignificancia	78
2.3. El principio de <i>non bis in idem</i>	78
2.4. La respuesta de la Audiencia Nacional	79
3. DETERMINACIÓN JURÍDICA DIFUSA: ¿DELITO DE ODIO Y/O DELITO DE ENALTECIMIENTO O HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO?	80
4. LA PERSECUCIÓN DE DISCURSOS DISIDENTES A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	82
4.1. Supresión de garantías procesales	84
4.2. El adelantamiento de la punibilidad al ámbito de la preparación del acto	86
4.3. La existencia de unas penas y medidas desproporcionadas	88
5. CONCLUSIONES	91
5. BIBLIOGRAFÍA	93
6. JURISPRUDENCIA	99

INTRODUCCIÓN

Las manifestaciones del “discurso del odio” se han hecho cada vez más visibles dada la mayor rapidez a la que se difunden las noticias y la información alrededor del mundo a través de los medios de comunicación e Internet. Además, en un contexto en el que los flujos migratorios y los movimientos demográficos están en aumento, las economías nacionales están en declive y el terrorismo emerge como desafío político crucial, la tendencia a estigmatizar grupos y comunidades específicos es cada vez mayor.

A esta situación se añade la aprobación de leyes y políticas de seguridad nacional y lucha contra el terrorismo imperfectas, como la elaboración de prejuicios en función de la raza, las declaraciones demagógicas por parte de políticos oportunistas y las prácticas informativas irresponsables de los medios de comunicación, crean un verdadero clima punitivista aumentando cualitativa y cuantitativamente la criminalización como único criterio político-criminal, que en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicionales que podría resumirse, según CANCIO MELIÁ, en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización.

Siguiendo esta postura, la derecha política - en particular me refiero a la situación en España - ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos «progresistas» pertenecientes a la izquierda, al igual que la izquierda política ha aprendido lo beneficioso que puede resultar el discurso de *law and order*, anteriormente monopolizado por la derecha, genera una situación en la que ya nadie está en disposición de discutir cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y «más efectivas» penas ya no es un tabú político para nadie¹.

De esta manera, la connivencia entre poder político y el Derecho penal se hace cada vez más evidente, la ley es ahora una mera continuación de la política por otros medios², sobre todo con los delitos de apología al terrorismo introducidos en el Código Penal en el año 2000 y reforzado en 2015. En sentido estricto este precepto prohíbe el «enaltecimiento» del terrorismo y la «humillación» de las víctimas de los delitos

¹JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, 2006, pp. 100 y ss.

²SUMPTION, *Juicios de Estado...*, 2019, p. 46.

terroristas, pero en la práctica se ha utilizado para reprimir expresiones políticas y artísticas disidentes, recortando, cada vez más, derechos tales como la libertad de expresión e ideológica³.

Desde el cese de la banda terrorista ETA en 2011 hasta el año 2018 se han producido 121 sentencias por apología de ETA, cuatro veces más que en los siete años anteriores a su desaparición. Desde dicha fecha, el 79% de los casos que han llegado a juicio, esto es, 83 casos han finalizado con sentencias condenatorias. Del mismo modo que en solo un trienio las condenas pasaron de 20 a 40 desde que en 2015 se modificó el Código Penal para endurecer el castigo a la apología terrorista en Internet⁴.

Las sucesivas «operaciones arañas» contra twitteros como el “caso *Straight Edge*”⁵ o la persecución a artistas como en el “caso titiriteros”⁶ o las condenas de raperos como Pablo Hasél⁷, César Strawberry⁸, La Insurgencia⁹, Valtònyc¹⁰ entre otros, son la materialización del uso político del delito de enaltecimiento al terrorismo unido, en estos últimos años, al delito de discurso del odio. Por desgracia, no se trata de un caso aislado, sino que son muchas las personas que se han visto perseguidas por la mera exteriorización de sus opiniones y deseos o de sus simples discrepancias ideológicas.

Por ello, este estudio tiene como objeto analizar el delito de discurso terrorista tipificado en el artículo 578 CP junto con los discursos del odio recogidos en el artículo 510 CP para delimitar, o en su defecto intentar aclarar, ambos conceptos y determinar si estas expresiones encuentran cabida en los derechos fundamentales de libertad de expresión e ideológica consagrados tanto en nuestra Carta Magna como en el Convenio

³En este sentido, véase el informe emitido en marzo de 2018 por Amnistía Internacional “*Tuitea... si te atreves. Cómo las leyes antiterroristas restringen la libertad de expresión en España*” en el cual se defiende la postura de que en España se está produciendo un uso abusivo de las disposiciones antiterroristas incumpliendo las leyes y normas internacionales de derechos humanos, lo que conlleva una autocensura cada vez mayor y, en general, un efecto inhibitorio en la libertad de expresión creándose un clima en el que las personas temen expresar opiniones poco populares o incluso realizar chistes polémicos. (En línea) <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.PDF> (Consultado el 27/02/2021).

⁴ Diario “elDiario.es”, 21 de abril de 2018: «Las sentencias por enaltecimiento del terrorismo se multiplican por cuatro desde que ETA dejó de matar». (En línea) https://www.eldiario.es/politica/enaltecimiento-terrorismo-delito-multiplico-eta_1_2166124.html (Consultado el 27/02/2021).

⁵ SAN 28/2018, de 26 de julio.

⁶ Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 2 de 28 de junio de 2016 y Auto del Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid de 5 de enero de 2017.

⁷ STS 106/2015 de 19 de febrero.

⁸ STS 4/2017, de 18 de enero.

⁹ SAN 34/2017, de 4 de diciembre.

¹⁰ STS 79/2018, de 15 de febrero.

para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o, si por el contrario, se están empleando estos tipos penales para la persecución de discursos, molestos, críticos o impopulares a través del conocido Derecho penal del enemigo.

CAPÍTULO I: SOBRE EL DELITO DEL DISCURSO DEL ODIOS

«Eres fea, Lourdes. Muy fea. Tú no tienes la culpa pero yo tampoco. Es este mundo en el que vivimos el que me hace odiarte. La gente, las revistas, la televisión. ¿Cuándo has visto tú alguien como tú presentando un concurso de esos de la tele? ¿Cuándo has visto una fea montada en un Ferrari? ¿O besando un ciclista? ¿Cuándo?».

Alex de la Iglesia, *Crimen Ferpecto*, 2004.

1. CONCEPTO DEL DELITO DE ODIOS.

Los políticos y los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en fomentar el discurso del odio fuera del ámbito digital, difundiendo odio y prejuicios a la sociedad sobre determinados colectivos, ya sea por ideología, sexo, orientación sexual, religión o cualquier otra condición personal. Aunque existe otro factor que ha contribuido a extender el discurso del odio, Internet, donde resulta de gran facilidad difundir esta clase de comentarios. En los tiempos que corren, cada vez se nos hace más común ver en los medios de comunicación titulares como: “Detenido por “incitar al odio” contra la Casa Real y las fuerzas de seguridad en redes”¹¹ o “Detenida por delito de odio en redes sociales: “el único policía bueno es el policía muerto”¹². Para cualquier lector, sea jurista o no, de estas noticias en primera instancia le parecerá correcta la actuación judicial tomada dado que como bien sabemos los delitos de odio se encuentran tipificados en nuestro Código Penal. Pero, ¿en qué consisten concretamente estos delitos de odio?

Pues bien, la propia definición de delitos de odio dada por la RAJYL, muestra el problema conceptual existente en esta materia, ya que al hablar de delitos de odio podemos estar refiriéndonos a dos clases de conductas diferenciadas y no necesariamente coincidentes; por un lado, estarían los *bias crimes*, denominado por el ordenamiento anglosajón *hate crime*, y por otro lado estaríamos hablando de los delitos de discriminación:

¹¹Diario “El confidencial”, 02 de julio de 2020. (En línea) https://www.elconfidencial.com/espana/comunidad-valenciana/2020-07-02/detenido-incitacion-odio-corona-fuerzas-seguridad-redes_2665243/ (Consulta 21/07/2020).

¹² “La voz del tajo”, 23 de mayo de 2019. (En línea) <https://www.lavozdeltajo.com/noticia/38699/castilla-la-mancha/detenida-por-delito-de-odio-en-redes-sociales:-el-unico-policia-bueno-es-el-policia-muerto.html> (Consulta 21/07/2020).

«En primer lugar, tal denominación se refiere a aquellos delitos agravados por haber sido cometidos con una determinada motivación o móvil, consistente en el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo caracterizado por una condición personal, real o sólo por él percibida, de su víctima (etnia, sexo, creencias, etc.). Alternativamente, también puede referirse este concepto a aquellos delitos cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de dichas condiciones personales. Pueden incluirse entre estos delitos o crímenes de odio todos aquellos a los que fuera de aplicación de la circunstancia agravante genérica de motivos discriminatorios, así como diversos tipos de la parte especial del Código, paradigmáticamente los relativos al llamado “discurso del odio” (entre los que se encuentra el delito de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél del art. 510CP)»¹³.

1.1. El delito de discriminación.

Existen innumerables Tratados y Convenios Internacionales que regulan el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre ellos, como textos internacionales cabe destacar en el ámbito de la Naciones Unidas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Mientras que en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea destacan: el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950; el convenio sobre Ciberdelito, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001; la Carta de Derechos Fundamentales, de 12 de diciembre de 2007; la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra la discriminación mediante determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia a través del Derecho penal. Mientras que en la Constitución española, en adelante CE, el mandato del principio de igualdad está regulado en su precepto 14.

Por lo que respecta al derecho a la igualdad, tal y como ha expresado el TC desde su sentencia 22/1981, de 2 de julio, recogiendo de igual modo la doctrina del TEDH, “*el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con*

¹³VV.AA., *Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2016, p. 357.

abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción de mandato contenido en el art. 14 CE (...) lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.

En cuanto al término discriminación puede definirse como aquel comportamiento que implica la negación de una igualdad entre todos los seres humanos en ciertas peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se pone como punto de referencia, cuyos caracteres distintivos son el origen del trato desigual, un trato peyorativo de menosprecio que genera marginación en estos colectivos y un trato que niega su condición de iguales a los demás, lo cual afecta a su dignidad personal¹⁴.

Estas conductas discriminatorias se clasifican en dos grupos: directa e indirecta. El concepto de ambas lo ofrece la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 al establecer que «se considera discriminación directa la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable, por motivos de lugar de nacimiento, origen racial, o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad de género. Se considera discriminación indirecta la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar una desventaja particular a una persona con respecto a otras personas por los motivos antes expuestos». De igual manera estos conceptos se encuentran recogidos en el Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación en su art. 5¹⁵ y asimismo, ha sido desarrollado por el TC en diversas

¹⁴En este sentido véanse las SSTC 128/87, de 16 de julio y 176/1995, de 11 de diciembre.

¹⁵El art. 5 establece que: “1. La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado uno del artículo dos. 2. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado uno del artículo dos”. Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados, Serie A, núm. 130-1, de 10 de junio de 2011.

sentencias¹⁶. Por tanto, el delito de discriminación, tiene lugar cuando se ataca el bien jurídico protegido de la igualdad de trato ya sea de manera directa o indirecta¹⁷.

1.2. El delito de odio, *bias crimes* o *hate crimes*.

El delito de odio también es conocido como *bias crime* o *hate crime*. La traducción literal de *bias crime* viene a ser “crímenes prejuiciosos” y este término se viene usando como sinónimo de los *hate crimes* en los ordenamientos anglosajones. En el caso de los delitos de odio, este prejuicio se materializa en la conducta del autor que es lo que se sanciona, esto es, si un sujeto no tuviera ningún prejuicio contra los judíos, difícilmente les odiaría por ser judíos y mucho menos cometería un crimen de odio por ser judíos¹⁸. Por ello, lo que caracteriza esta modalidad de prejuicio, tal y como explica CANCIO MELIÁ, «es la asunción por el autor del *bias crime* de un estereotipo configurado conforme a una condición personal, lo cual explica la fenomenología habitual de estos delitos, la víctima es “fungible”, siendo la única exigencia para que surja el prejuicio del autor la de que pueda incardinarse en tal estereotipo»¹⁹.

Por tanto, siguiendo esta idea, podemos decir que la importancia de estos delitos se fundamenta en que las víctimas de estos delitos son internacionalmente seleccionadas por motivos de intolerancia, lo que les causan graves daños físicos y emocionales; además, se atemoriza a todo el colectivo al que pertenece, lo cual genera sentimientos de miedo e inseguridad a estos colectivos y amenaza a la seguridad y tranquilidad de todos los ciudadanos, en definitiva, amenaza a la paz pública²⁰.

1.3. La acogida de los dos modelos de conducta delictiva de los delitos de odio en la legislación española.

Siguiendo la tipología ideal sobre modelos dogmáticos y legislativos que elaboró LAWRENCE²¹, vemos que dependiendo del modelo que escoja el Legislador para sancionar los delitos de odio, su definición varía.

Por un lado nos encontramos con el modelo de la “discriminación selectiva” (*discriminatory selection model*). En este modelo, las motivaciones del autor pasan a un

¹⁶Véase STC 145/1991, de 1 de julio.

¹⁷DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 38.

¹⁸CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, p. 44.

¹⁹CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, p. 46.

²⁰DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 33.

²¹LAWRENCE, en: CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, pp. 61 y 62.

segundo plano, ya que el concepto de crimen de odio y el fundamento de la sanción penal giran en torno al hecho de que produce efectos discriminatorios en el colectivo al que pertenece la víctima, el cual ha sido históricamente discriminado.

Mientras que por otro lado, encontramos el modelo de la “animosidad” (*animus model*). A través de este modelo, los delitos de odio se entienden como aquellos en los que el autor actúa guiado por un concreto móvil, por un prejuicio basado en la intolerancia hacia la condición personal de la víctima.

Pues bien, parece claro que las legislaciones de nuestro entorno han asimilado el concepto de delito de odio como aquel delito realizado por el odio o prejuicio de un sujeto hacia un estereotipo por una condición personal de su víctima²², es decir, el concepto deriva del modelo de la animosidad. En cambio, en nuestro Ordenamiento Jurídico se han recogido ambos modelos, por lo que ambas definiciones son admisibles, siempre que se empleen conociendo sus distinciones²³, esto es, en el caso del modelo de la animosidad, la sanción por este delito reafirma el principio de igualdad entre todas, mientras que, en el caso del modelo de la discriminación selectiva, se refuerza la protección a los colectivos históricamente discriminados. Cabe resaltar que esta distinción ya ha sido asumida por reciente jurisprudencia en el “caso Altsasu/ Alsasua”²⁴ en el cual, refiriéndose al art. 22.4º CP, afirma que *“el debate sobre su fundamentación se basa en el principio de igualdad entre todos sean cuales sean sus condiciones personales o si se basa, también en el principio de igualdad, pero material, en una lógica de “acción positiva”, con posturas más o menos expansivas”*.

Aunque nuestro CP no contiene un Título o Capítulo dedicado a los delitos de odio, el Legislador ha tenido en cuenta a lo largo del texto punitivo la motivación del autor basada en los dos modelos, esto es, el odio o la discriminación, para incluir en diferentes Títulos conductas que responden a estos conceptos los cuales vienen a conformar el siguiente catálogo de delitos de odio y discriminación:

a) Delitos de discriminación:

.- Discriminación laboral, art. 314 CP.

²²Véase la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, a modo de ejemplo su Considerando (56). Dicha Directiva mantiene la referencia al concepto de crimen de odio como el de delito cometido por motivos discriminatorios.

²³LANDA GOROSTIZA, “Recesión a Juan...”, 2014, pp.2-16.

²⁴SAN, Sala Apelación, 2/2019, de 7 de marzo.

- .- Discriminación en la prestación del servicio público, art. 511CP.
- .- Discriminación en la prestación profesional, art. 512 CP.
- b) Delitos de odio:
 - .- Amenazas a grupos determinados, art. 170.1CP.
 - .- Contra la integridad moral, art. 173.1 CP.
 - .- Tortura, art. 174 CP.
 - .- Provocación al odio, violencia o discriminación y difusión de información injuriosa, art. 510 CP.
 - .- Contra los sentimientos religiosos, arts. 522 a 526 CP.
- c) La circunstancia agravante genérica del precepto 22.4 del CP. La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1995 justificó la incorporación de la agravante estableciendo que será de aplicación «en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima»²⁵. Posteriormente, esta circunstancia ha sido complementada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁶ donde se incluye como circunstancia discriminatoria la identidad sexual y más recientemente por la LO 1/2015, de 30 de marzo²⁷ que introduce una nueva causa más: por razones de género. Pese a dichas incorporaciones en la CMRC, diversas voces como la Fiscalía para la Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación afirman que «en todo caso se trata de un catalogo cerrado en el que se echan en falta algunos supuestos, como son los de aporofobia y gerontofobia»²⁸.

2. ANÁLISIS DEL PRECEPTO 510 DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.

Del catálogo de delitos de odio y discriminación anteriormente mencionado, nos centraremos en el delito consistente en la provocación al odio, violencia o discriminación y difusión de información injuriosa regulado en el art. 510 CP. Por lo que realizaremos un breve estudio de la nueva redacción que se ha otorgado al artículo 510 CP, el cual abre la Sección Primera, titulada «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por

²⁵«BOE» núm. 113, de 12 de mayo de 1995

²⁶«BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010

²⁷«BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015

²⁸Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2016, p. 677.

la Constitución», del Capítulo IV («De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas»), incardinado dentro del Título XXI, que tipifica los «Delitos contra la Constitución».

Para comenzar con dicho análisis es menester mencionar que el art. 510 ha sido objeto de modificación en la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Aunque esta reforma se debe, según la Exposición de Motivos de la Ley a dos motivos: en primer lugar, adaptar el delito de negación del genocidio a las exigencias derivadas de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que a juicio del legislador impone “*que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías*” y, en segundo lugar, para ajustar la regulación de estas figuras a la Decisión Marco 2008/913/JAI.

COMAS D’ARGEMIR señala un tercer motivo basado en «superar la división doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de los tipos penales vigentes debido a una deficiente técnica legislativa que hacía posible interpretaciones muy dispares en los Tribunales en detrimento de las víctimas; acorde con las peticiones de mejora suscitadas desde diversos ámbitos doctrinales y jurídicos»²⁹. Este último motivo resulta más que dudoso, ya que desde el Proyecto de Ley de 2013, ALASTUEY DOBÓN entre otros, advirtió de que el Proyecto no solo incurriría en los defectos de la regulación vigente, sino que los agrandaba³⁰.

Cabe afirmar que esta reforma no ha sido muy aceptada en la doctrina, ya que algunos, como TERUEL LOZANO, la califican de «auténtico engendro penal que pretende un castigo de amplio espectro de este género de discursos»³¹. Otros, como RAMÍREZ ORTIZ, consideran que esta reforma multiplica los problemas que planteaba la regulación anterior al irrumpir en el núcleo duro de los derechos a la libertad de expresión e ideológica³². Mientras que, otra parte de la doctrina entiende que «los delitos de odio simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e

²⁹COMAS D’ARGEMIR, “Regulación del discurso...”, 2016, pp. 17 y 18. (En línea) http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/formacio/jornades/jpiu/2016/ixjorn_just_penal_intern_20160524_regulacio_comas.pdf (Consultado el 12/12/2020).

³⁰ALASTUEY DOBÓN, “La reforma de los delitos...”, 2014, pp. 6 y ss.

³¹TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión...”, 2015, p. 32.

³²RAMÍREZ ORTIZ, “No pienses en...”, 2013, p. 14.

ideología, que hubiera llevado a la hoguera a la “Incitación al Nixonicidio y alabanza a la Revolución Chilena” y a Pablo Neruda a la cárcel»³³.

Por ello, cabe concluir que pese a la necesidad de adaptar el delito de negación del genocidio a las exigencias derivadas de la STC 235/2007, de 7 de noviembre y adecuar nuestro ordenamiento a los estándares internacionales, dicha reforma no ha sido ni la más acertada ni la más aceptada para la doctrina.

2.1. El bien jurídico protegido.

En cuanto al bien jurídico protegido de este tipo penal, encontramos un auténtico “cajón de sastre” al no existir un acuerdo doctrinal unánime. Para la doctrina minoritaria resulta difícil hallar un bien jurídico protegido al vulnerar con este tipo penal ciertos derechos constitucionales³⁴, mientras que para la doctrina mayoritaria³⁵ es el derecho a no ser discriminado por motivos racistas, antisemitas, por razón de ideología, religión o creencia, situación familiar, pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, sexo, orientación sexual o identidad sexual, por razón de género, enfermedad o discapacidad.

Otros autores³⁶, entienden que, además del derecho a no ser discriminado, se encuentra como bien jurídico protegido la dignidad humana al entender que se trata de delitos que vulneran no solo el principio de no discriminación sino también la dignidad de las personas. En este sentido también se han pronunciado tanto el TEDH³⁷, como nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias tales como la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre³⁸ o la sentencia 176/1995, de 11 de noviembre³⁹. Aunque es menester resaltar que resulta necesario, como bien dice DE VICENTE MARTÍNEZ, «establecer respecto al bien jurídico “dignidad humana” su alcance,

³³PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, pp. 717 y 718.

³⁴Véase PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, pp. 717 y ss., aunque finalmente termina postulándose por el derecho a la igualdad.

³⁵A modo de ejemplo, SOUTO GALVÁN, “Discurso del odio...”, 2015, pp. 22 y 23 y CUEVA FERNÁNDEZ, “El discurso del odio...”, 2012, pp. 480 y ss.

³⁶En este sentido, entre otros, GÓMEZ NAVAJAS, “Apología del genocidio...”, 1999-3, pp. 1839 y ss.

³⁷En el “caso Féret c. Bélgica” donde afirma que el discurso del odio atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de partes o grupos de la población.

³⁸“El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana (...)”.

³⁹“No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realiza supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones (...)”.

delimitar de alguna manera su contenido» dado que «es cierto que la dignidad se presenta como un concepto altamente indeterminado»⁴⁰.

Otros autores como TERUEL LOZANO añaden, además de la dignidad humana y el principio de igualdad, el honor para justificar el castigo del discurso del odio⁴¹. Mientras que otra parte de la doctrina⁴² entiende que se trata de un delito pluriofensivo ya que el objeto directo e inmediato de tutela es la dignidad humana junto al orden público.

Por último es menester mencionar la posición de LANDA GOROSTIZA, ya que sostiene una postura distinta al resto de la expresadas al considerar que el bien jurídico protegido, ya sea de carácter colectivo o supraindividual, son los grupos vulnerables en sus condiciones de seguridad existenciales y lo justifica al mantener que las conductas típicas de estos delitos se caracterizan por afectar condiciones colectivas de seguridad del colectivo en general y a cada uno de sus miembros en particular⁴³.

2.2. Tipos objetivos de injusto.

2.2.1. Elementos comunes de las conductas típicas del art. 510 CP.

Los elementos que tienen en común estas conductas típicas se basan principalmente en los sujetos. Como en el resto de los tipos penales, nos encontramos con un sujeto activo y un sujeto pasivo.

En cuanto al sujeto pasivo del art. 510, hemos de decir que es común a todas las conductas que recoge el precepto. Este sujeto pasivo puede ser tanto un grupo, como una parte del mismo o incluso una persona determinada por razón a su pertenencia al grupo, de modo que, tras la nueva redacción del tipo, se puede cometer el delito contra una persona física individual que sea considerada perteneciente a un grupo⁴⁴. El Código establece una lista de carácter *numerus clausus* delimitando así el sujeto pasivo de las conductas: una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad, ideología, religión, creencias o situación familiar.

⁴⁰DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 110.

⁴¹TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión...”, 2015, pp. 19 y ss.

⁴²En este sentido BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad...*, 1999, pp. 334 y ss.

⁴³LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal...*, 1999, pp. 337. y ss.

⁴⁴DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 116.

En lo que respecta al sujeto activo del precepto hemos de decir que puede tratarse de cualquier persona, puesto que las conductas del tipo son delitos comunes⁴⁵. Aunque también es cierto que el art. 510.5 se prevé un sujeto activo distinto al establecer la inhabilitación especial para la profesión u oficios educativos en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre.

2.2.2. Conductas típicas del art. 510 CP.

Para poder analizar de manera más estructurada el precepto será preciso dividir la explicación en función de cada sub-apartado que lo compone.

A. Artículo 510.1.a) CP: El delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

El art. 510.1. a) CP dispone que:

“Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.”

Con esta nueva redacción, el Legislador intentó poner fin al debate que suscitaba el verbo “provocar” y su vinculación o no con el precepto 18 del Código, cambiándolo por “fomentar”, “promover” e “incitar”. Aunque, como era de esperar, esta reforma no erradicó el debate sino que, incluso, lo ha extendido más. Con esta reforma, parte de la doctrina, como el Grupo de Estudio de Política Criminal, sostiene que el art. 510 no sólo se mantiene, sino que incorpora un elemento aún menos taxativo si cabe: la “hostilidad”⁴⁶. Por su parte, PORTILLA CONTRERAS entiende que el verbo “incitar” equivale al anterior, “provocación”⁴⁷ y en términos parecidos también se pronuncia la enmienda núm. 759 del Grupo Parlamentario Socialista⁴⁸.

⁴⁵DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 117.

⁴⁶Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento...* 1997, pp. 31 y ss.

⁴⁷PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, p. 725. En este sentido GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al...*, 2015, p. 1602.

⁴⁸Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pp. 492 y 493.

De las tres conductas reguladas, la más desarrollada ha sido la incitación, de tal manera que el TEDH tuvo la ocasión de definir el verbo “incitar” afirmando que *“incitar supone siempre llevar a cabo una acción ex ante [que] implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta”*⁴⁹. Mientras que la AP de Madrid en su sentencia 79/2009, de 16 de julio, considera que incitar es *“mover o estimular a uno para que ejecute una cosa”*. Por su parte, DE VICENTE MARTÍNEZ entiende que existe incitación cuando «la persona que utiliza el discurso del odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se pueda deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del sujeto activo»⁵⁰. Si bien es cierto que la intencionalidad del sujeto activo no siempre es fácil de demostrar y por ello *“es preciso que la incitación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción que permita su identificación y su calificación como delito”*⁵¹.

En cuanto al segundo elemento que exige el precepto, cabe decir que existe consenso en la doctrina, confirmado tanto por el TS⁵² como por la jurisprudencia menor⁵³, en que el delito de incitación al odio es un delito de peligro abstracto por lo que las conductas no requieren la lesión del bien jurídico, sino su puesta en peligro mediante la incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia, es decir, que con dicha reforma se ha añadido un amplio catálogo de actos de favorecimiento del favorecimiento o de la incitación al odio, o lo que es lo mismo, actos preparatorios de actos preparatorios, en un desmedido adelantamiento de la barrera de protección de los bienes jurídicos protegidos, tampoco concretados por el legislador⁵⁴.

B. Artículo 510.1.b) CP: La producción, elaboración, posesión, distribución o difusión de materiales idóneos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

El art. 510.1. b) dispone que:

“Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

⁴⁹STEDH Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009.

⁵⁰DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 123.

⁵¹SAP Navarra 55/2017, de 21 de marzo.

⁵²Voto particular del Magistrado MARTÍNEZ ARRIETA a la STS 259/2011, de 12 de abril.

⁵³En este sentido véase la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Barcelona 357/2017, de 10 de octubre.

⁵⁴Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento...* 1997, pp. 31 y ss.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.”

Este precepto ha sido muy criticado por la doctrina⁵⁵ por castigar actos no delictivos, que presentan una gran inseguridad y abuso de conceptos indeterminados, por implicar, una vez más, un adelantamiento desmesurado de las barreras de protección al castigar actos preparatorios de actos preparatorios.

Además, a diferencia del apartado a) del precepto, el apartado b) no requiere que la difusión del discurso de odio se haga de manera pública, por lo que se sanciona también, la distribución privada de estos contenidos e incluso la producción de estos materiales con la finalidad de distribuirlos pero sin ser necesaria una efectiva distribución⁵⁶.

Por otro lado, la doctrina⁵⁷ considera que para evitar sancionar conductas como los comportamientos del editor, el librero o la directora de publicaciones, el Legislador debería haber hecho caso a lo manifestado por nuestro Tribunal Constitucional cuando establecía que “*nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana*”⁵⁸.

C. Artículo 510.1.c) CP: La negación, trivialización o enaltecimiento grave de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

El art. 510.1.c) establece que:

“Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

⁵⁵En este sentido véase PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, pp. 740 y ss. y TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión...”, 2015, pp. 28 y ss.

⁵⁶RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en: MIRÓ LLINARES, *Cometer delitos en 140...*, 2017, p. 163.

⁵⁷En este sentido PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, p. 741 y DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 146.

⁵⁸ STC 235/2007, 7 de noviembre.

- b) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.”

Con esta reforma, el legislador deja claro que la mera negación del genocidio no es punible y será necesario que la conducta promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación para ser castigada⁵⁹.

Respecto a las conductas que tipifica este precepto, cabe decir que pese a que el término “negar” fue rechazado por el TC en su sentencia 235/2007, la nueva redacción ha vuelto a emplear dicho término, pero ahora recogiendo los requisitos que marcó el Tribunal: la negación más la promoción o favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos descritos en el artículo.

Por otro lado, el término “trivializar”, según GÓMEZ MARTÍN, consiste en cualquier conducta por la que se le reste importancia a hechos tan sumamente graves como el genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra⁶⁰. Cabe destacar la crítica de PORTILLA CONTRERAS a este término al señalar que el Legislador se ha excedido una vez más y no ha seguido lo dispuesto en la Decisión Marco de 2008 donde se castiga la trivialización flagrante⁶¹.

En cuanto a la conducta de “enaltecer” ha de entenderse como aquella alabanza o exaltación hecha por una persona por haber hecho algo⁶². Además, implica la realización de encubrimiento de actos de genocidio, lesa humanidad o de guerra⁶³. Es preciso mencionar que, tal y como apunta MANZANARES SAMANIEGO, resulta difícil

⁵⁹DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 150.

⁶⁰GÓMEZ MARTÍN, “Incitación al odio y género...”, 2016, p. 18-20.

⁶¹PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, p. 743.

⁶²Memorándum Explicativo de la Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación..., 2015, p. 24.

⁶³DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p.151.

distinguir entre las letras a) y c) cuando el enaltecimiento sea un medio para provocar o incitar al odio⁶⁴, si bien es cierto que, tras la reforma de 2015, la penalidad no varía.

Por último, cabe destacar que la utilización del término “clima” ha generado gran controversia en la comunidad jurídica «dado el debate dogmático acerca de si “el clima” requiere un contexto previo de crisis o de si se trata de proteger a los menores de edad que aún no están suficientemente formados o si no requiere tales elementos y cómo se mide entonces su vinculación con el antes expuesto “efecto desaliento”»⁶⁵. Además, es probable que el art. 510.1.c) produzca un nuevo planteamiento de cuestión inconstitucional al colisionar con el derecho a la libertad de expresión⁶⁶, lo que le alejaría de la Recomendación Política General núm. 7 sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial aprobada el 13 de diciembre de 2002, por la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia⁶⁷.

D. Artículo 510.2.a) CP: Actos de humillación, menosprecio o descrédito por motivos discriminatorios.

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

Esta conducta, que no se recoge específicamente en la Decisión Marco de 2008, se introduce como una modalidad equivalente a los delitos contra la integridad moral en la que se realizan estos actos por motivos discriminatorios, lo que puede generar un

⁶⁴ MANZANARES SAMADIEGO: en: DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 152.

⁶⁵ Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, Madrid, 20 de diciembre de 2012, p. 312.

⁶⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p.154.

⁶⁷ TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión frente a...”, 2015, pp. 36 y ss.

concurso de leyes con el art. 173.1 CP, en cuyo caso deberá de resolverse a favor del primero por el principio de especialidad⁶⁸.

Por otro lado, cabe mencionar que este precepto contempla dos conductas distintas pero con un denominador común: lesionar la dignidad de las personas. Estas conductas son, en primer lugar, acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito objetivamente adecuadas para lesionar la dignidad de alguno de los grupos protegidos del apartado primero o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, etc. Por ello, se trata de un delito de actividad en el que las conductas descritas lesionan la dignidad del sujeto pasivo de forma automática⁶⁹.

En segundo lugar, encontramos una serie de conductas parecidas a las reguladas en el apartado primero en su letra b) del artículo. Esta conducta consiste en producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribución, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mentados, se castiga con la misma pena. Aunque a diferencia de la primera conducta, esta segunda requiere que la humillación sea grave y no exige elemento subjetivo alguno por motivos discriminatorios⁷⁰.

E. Artículo 510.2.b): Enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión cometidos por móviles discriminatorios.

El párrafo primero del art. 510.2.b) establece que:

“2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

⁶⁸DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p.157.

⁶⁹En este sentido véase la SAP de Madrid 762/2017, de 29 de diciembre, donde se establece que el uso de expresiones ultrajantes y ofensivas lesionan la fama y el honor del colectivo, en este caso homosexual, y trasgreden cualquier discurso racional. En este caso, el condenado había subido a “YouTube” un vídeo donde se equiparaba la homosexualidad con la pedofilia y la pederastia.

⁷⁰En este sentido véase la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona 237/2016, de 11 de octubre donde se condena a un usuario por subir a “Facebook” un video antisemita. Mientras que en sentido contrario véase el caso García Albiol, (que dio lugar posteriormente a la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona de 10 de diciembre de 2013 y a la SAP de Barcelona 713/2014, de 22 de julio) donde se distribuyen folletos en los que se liga la delincuencia con personas de nacionalidad rumana y etnia gitana y los Tribunales se pronuncian con carácter absolutorio pese al voto particular de la Magistrada Magaldi Paternostro quien consideraba que debería ser condenado como autor de un delito del art. 510.2 CP.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.”

El denominado delito de apología de delitos de odio consiste en castigar el enaltecimiento y la justificación de cualquier delito contra un colectivo, una parte de él o alguno de sus miembros por motivos discriminatorios⁷¹. Además, ha de tenerse en cuenta que «el enaltecimiento de las personas que hayan cometido tales delitos solo constituye discurso de odio cuando existe un vínculo entre la persona y el hecho delictivo y no se aplica cuando se hacen declaraciones positivas sobre otras actividades de las personas en cuestión»⁷².

Por otro lado, el enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios no viene recogido en la Decisión Marco de 2008 y la constitucionalidad de este precepto es dudosa⁷³, al castigarse la mera expresión de ideas, sin exigir ni una incitación directa a la comisión, ni una idoneidad para crear climas de hostilidad. Siguiendo esta postura, se puede decir que el Legislador, con esta reforma al CP, lo que ha hecho es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir un elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios, sin demandar la creación del clima de hostilidad, favoreciendo la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor de los arts. 578 y 579 CP⁷⁴.

2.2.3. Conductas agravadas del artículo 510.

A. El párrafo segundo del art. 510.2.b).

El art. 510.2.b) en su párrafo segundo establece un tipo agravado que viene a disponer que:

“Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

⁷¹GÓMEZ MARTÍN: en: CORCOY VIDASOLO / MIR PUIG, (Dirs.), *Comentarios al Código Penal...*, 2015, p. 1604.

⁷²Memorándum Explicativo de la Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha... *ob. cit.*, p. 18.

⁷³En este sentido PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, p. 748.

⁷⁴*Ibidem*, p. 749.

Este tipo agravado es aplicable a las conductas descritas en los apartados a) y b) del punto segundo del precepto. En estos casos, la pena se incrementa de tal forma que queda equiparada con los tipos penales previstos en el apartado 1 del art. 510 CP.

Por su parte, debe entenderse por la expresión “clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación” la generación de un estado de opinión o atmósfera propicia para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminación contra los colectivos vulnerables, lo que implica que, para que sea de aplicación este tipo agravado, deberá crearse un riesgo real de desencadenar actos violentos o discriminatorios.

B. Art. 510.3 CP: A través de un medio de comunicación.

En este caso, el CP establece que:

“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

Por lo tanto, la pena se agrava por razón del mayor desvalor de la acción, esto es, realizar estas acciones a través de un medio de comunicación social siempre y cuando lleguen a un número elevado de personas. Este elevado número de personas no viene delimitado por el Legislador lo que hace, una vez más, dejar a la libre interpretación del Tribunal pertinente lo que se entiende por elevado número de personas, lo cual pueden ser cincuenta como podrían ser cincuenta mil.

C. Art. 510.4 CP: Alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de temor.

“Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

En este caso, para que sea de aplicación dicho tipo, bastaría con que la conducta sea adecuada para provocar esa alteración pública o temor en la población sin la necesidad de la producción de un resultado efectivo de lesión a tales intereses.

En cuanto a la aplicación de este tipo agravado, parte de la doctrina entiende que la agravante del apartado 4 debe ser considerada *lex consumens* respecto del apartado 3,

mientras que otra parte de la doctrina entiende que este tipo agravado puede ser aplicable también al apartado 3 del art. 510 CP⁷⁵.

2.2.4. Otras disposiciones del 510 CP.

A. Art. 510.5 CP: Inhabilitación especial.

El art. 510.5 del Código Penal establece que:

“En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

Con esta inhabilitación especial se intenta evitar que la persona condenada por estos delitos no tenga acceso durante determinado tiempo a lugares donde pueda adoctrinar a menores con ideas discriminatorias, pese a ello, debemos de tener en cuenta lo expresado por PORTILLA CONTRERAS, al entender que se trata de una pena que abole la libertad de expresión e introduce la censura disfrazada de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficios educativos⁷⁶.

B. Art. 510.6 CP: Destrucción, borrado o intervención de libros, archivos, documentos, archivos y cualquier otro tipo de soporte.

Por su parte, el art. 510.6 CP dispone que:

“El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

⁷⁵TERRADILLOS BASOCO y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: en: DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 168.

⁷⁶PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal...”, 2015, p. 751.

Esta disposición ya fue solicitada por el Ministerio Fiscal en el año 2010 argumentando que «debiera introducirse la posibilidad de clausura de páginas web, blogs o cualesquiera medios técnicos empleados en la comisión del delito, tanto en su modalidad cautelar como definitiva» y parece ser que el Legislador ha tomado en cuenta esta solicitud en la reforma del 2015.

Pese a ello, coincido plenamente con la idea de GORROCHO SALCEDO y PORTILLA CONTRERAS cuando proponen la supresión de este apartado ya que «desprende el hedor de las sociedades autoritarias y representa un retorno a las hogueras, a la quema de libros, a la caza de brujas, a *Fahrenheit* 451, al permitir al Juez o Tribunal la destrucción, borrado inutilización de libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito, el bloqueo del acceso o la interrupción de dichos materiales en Internet»⁷⁷.

2.3. Tipos subjetivos de injusto.

El tipo de injusto subjetivo, es común a todas las conductas, encontrándose formado por el dolo y los motivos discriminatorios.

2.3.1. Dolo.

El dolo, según LUZÓN PEÑA, se define como el «conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto»⁷⁸, por lo tanto, las conductas del art. 510 CP serán típicas cuando se lleven a cabo con conocimiento, voluntad o predisposición para realizarlas.

De igual manera lo expresa DE VICENTE MARTÍNEZ, «se tratan de delitos dolosos donde solo cabe el dolo directo siendo imprescindible que el sujeto actúe por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, etc.»⁷⁹.

2.3.2. Motivos discriminatorios.

El art. 14 de nuestra Carta Magna establece como causas de discriminación “el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” dejando así una cláusula abierta de motivos discriminatorios, cosa que no ocurre en el caso de la normativa penal ya que nuestro Código Penal recoge un

⁷⁷ GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, “Delitos de incitación al odio, la hostilidad...”, p. 941.

⁷⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho...*, 2016, p. 239.

⁷⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 117.

catálogo taxativo y cerrado de los factores que pueden conllevar a una discriminación castigada penalmente.

De esta manera, la lista cerrada que contempla el art. 510 CP relativo a los delitos de odio se compone por: motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Con esta lista cerrada, el Legislador ha hecho caso omiso a distintas propuestas, dejado fuera, entre otras, las elaboradas por el Grupo Parlamentario Mixto cuando propuso en la enmienda núm. 609 la inclusión a esta lista de “identidad de género, condición de persona sin hogar o en situación de pobreza” justificándose en «que las personas de estos colectivos son especialmente atacadas y con saña por los grupos que promueven el odio (neonazis y racistas)»⁸⁰. Del mismo modo, la Fiscalía General del Estado propuso la adición del término “situación socioeconómica” para dar respuesta a la aporofobia⁸¹.

2.4. La circunstancia agravante del artículo 22.4 CP.

Tras el asesinato en Madrid de Lucrecia Pérez a manos de un grupo de extrema derecha, se introdujo esta circunstancia agravante en el Proyecto de Código Penal de 1992, cuando se encontraba en trámite de Comisión, el cual no llegó a superar. Posteriormente pasó a ser planteado en el Proyecto de Código Penal de 1994, siendo introducida con carácter urgente en el art. 10. 17 del Código Penal de 1973⁸² a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo⁸³.

⁸⁰Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-2, d 10 de diciembre de 2014, p. 408.

⁸¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2012, p. 1259.

⁸²El art. 10 en su apartado 17º del CP de 1973 venía a agravar las siguientes conductas: “*Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima*”.

⁸³La Exposición de Motivos de la LO 4/1995 justificó esta incorporación por los siguientes motivos: «La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. (...) Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera (...) Se introduce, por último, una nueva agravante en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo y otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima».

Una vez aprobado el Código Penal de 1995, el cual sigue vigente hasta nuestros días, esta agravante se ubica en el apartado 4º del art. 22: “*cometer el hecho por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca*”.

Cinco años después, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el catálogo de causas discriminatorias la “identidad sexual” y posteriormente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo una causa más: por “razones de género”. Pero a pesar de estas nuevas incorporaciones es de reproche no haber incluido otros móviles discriminatorios como pueden ser el uso de lenguas oficiales del Estado español, la edad o la situación familiar, recogidos en el art. 314 CP, el origen territorial autonómico o el aspecto físico, incluido en la Ley 17/2011, de 5 de julio de Seguridad Alimenticia y Nutrición, o la aporofobia, motivos discriminatorios expresamente recogidos en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁴.

En cuanto a su aplicación, la doctrina dominante entiende que la circunstancia agravante del art. 22.4CP es de naturaleza subjetiva y para que pueda apreciarse basta con que el sujeto activo actúe impulsado por estos móviles discriminatorios, con independencia de si la cualidad personal objeto de dicha discriminación concurre o no en el sujeto pasivo de la conducta⁸⁵.

Pese a ello, encontramos que la jurisprudencia es un tanto contradictoria dado que, por un lado, el Alto Tribunal sigue la línea descrita por la doctrina mayoritaria entendiendo que basta con presuponer la condición homosexual de la víctima aunque no lo sea⁸⁶, mientras que, por otro lado, existen sentencias como la STS 145/2006, de 23 de noviembre, que señalan que “*para la aplicación de esta circunstancia será necesario*

⁸⁴En este sentido se ha pronunciado el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona en su Memoria del año 2015, donde propone una amplia reforma de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal solicitando la ampliación de los motivos de discriminación protegidos entre otros. Fiscalía Provincial de Barcelona. Servicio de Delitos de Odio y Discriminación Memoria año 2015, pp. 40 y ss. Por su parte, la Fiscalía para la tutela Penal de igualdad y contra la Discriminación también se ha pronunciado al respecto: «en todo caso se trata de un catalogo cerrado en el que se echan en falta algunos supuestos, como son los de aporofobia y gerontofobia» Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2016, p. 677.

⁸⁵DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 86. En este sentido véase la STS 17/07/2002 que confirma la SAP Barcelona 13/03/2000.

⁸⁶ Del mismo modo: SAP La Coruña 19/04/07 y SAP Barcelona 3/11/06, en: DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 87.

*probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad*⁸⁷.

3. EL “DISCURSO DE ODIO” O *HATE SPEECH*.

Por otro lado, cabe hablar del discurso de odio o *hate speech* el cual se encuentra vinculado al delito de odio. Esta modalidad de delito de odio consiste en cometer delitos que requieran para su comisión la manifestación del algún tipo de discurso, ya sea de forma oral o escrita⁸⁸, lo que nos hace compartir la idea seguida por COLEMAN sobre que la expresión “discurso de odio” significa justo lo que la gente quiere que signifique⁸⁹.

Hasta el momento, «no existe una definición universalmente aceptada de la expresión “discurso de odio”»⁹⁰. La FRA ha intentado delimitar el tipo penal del discurso de odio elaborando definiciones distintas en función del documento al que acudamos. Por ejemplo, la FRA declara en uno de sus documentos que «el término “discurso del odio”, tal como se utiliza en esta sección, abarca un espectro más amplio de actos verbales [...] [incluyendo] el discurso público irrespetuoso»⁹¹. Mientras que si consultamos otro documento de este mismo organismo encontramos que entiende que el “discurso de odio” hace referencia a «la incitación y fomento del odio, discriminación u hostilidad hacia un individuo a causa de un prejuicio basado en una característica particular de dicho individuo»⁹².

La Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia de 13 de noviembre de 2002, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial⁹³, entiende que el discurso de odio consiste en difundir intencionadamente expresiones que implican una incitación pública a la violencia, odio, discriminación o insultan y difaman públicamente contra personas o

⁸⁷En este sentido: SAP Cádiz 12/01/07, SAP Barcelona 17/02/2005 y SAP Madrid 14/10/09 (Caso Palomino), en: DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 87.

⁸⁸DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 39.

⁸⁹COLEMAN, P., *La censura maquillada...*, 2018, p. 27.

⁹⁰“Factsheet – Hate speech”, Council of Europe, February 2012, p. 1.

⁹¹“Homophobia and Discrimination on Grounds of sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States Part II – The social Situation”, *Fundamental Rights Agency*, 2009, p. 46.

⁹²“Hate Speech and Hate Crimes against LGBTB Persons”, *Fundamental Rights Agency*, 2009, p. 1.

⁹³Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia de 13 de noviembre de 2002, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial. (En línea) <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislatio/16808b5aaf> (Consultado el 21/12/2020).

grupos de personas por razón de raza, color, lengua, religión, nacionalidad y origen, nación o etnia.

Por su parte, el TC en su sentencia 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 5º), define el discurso de odio como aquel discurso que “*incite directamente a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular*”. Mientras que si acudimos a la doctrina, vemos que PAREKH nos ofrece tres elementos distintivos del “discurso de odio” para poder identificar dicho delito:

.- Estos delitos se dirigen hacia un determinado grupo de personas y no contra la sociedad en general.

.- Una vez fijado ese grupo de personas, se estigmatiza a ese colectivo asignándole estereotipos denigratorios y;

.- Al considerarse que dicho colectivo no puede integrarse en la sociedad se les trata con hostilidad y desprecio⁹⁴.

En definitiva, tal y como admite la UNESCO, «la posibilidad de llegar a una definición universalmente aceptada parece imposible»⁹⁵, y por ende, podemos decir que cuando hablamos de discurso de odio nos estamos refiriendo a todo aquel discurso difundido de manera oral o escrita, a través de cualquier medio de difusión social que alienten conductas que niegan la igualdad y dignidad a personas, de colectivos mayoritarios o minoritarios, a grupos vulnerables y a gentes en riesgo por ser distintos, pudiendo generar diversas formas de intolerancia como puede ser el racismo, LGTBIfobia, misoginia y sexismo, y cualquier otra construcción que implique rechazo, desprecio e irrespeto al prójimo y a sus derechos⁹⁶. Por ello, partiendo de esta base, está claro que el discurso de odio comprende toda forma de expresión, ya sea realizada de manera oral o escrita⁹⁷, lo que implica que la mayor parte de los delitos de odio cometidos a través de Internet se consideren, además de *hate crimes*, *hate speech*⁹⁸.

⁹⁴PAREKH, “Hate speech: Is...”, 2006, pp. 213 y ss.

⁹⁵“Countering Online Hate Speech”, UNESCO, 2015, p. 8.

⁹⁶DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 43.

⁹⁷Puede ser considerado discurso de odio un cómic, como ocurrió en la STC 176/1995, de 11 noviembre.

⁹⁸En este sentido véanse SSTS 820/2016, 2 de noviembre, donde se establece que el discurso de odio en RRSS no está amparado por la libertad de expresión; y 706/2017, de 27 de octubre donde se advierte que “retuitear” mensajes de enaltecimiento al terrorismo también puede ser delito.

4. LA ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCURSO DE ODO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

FUENTES OSORIO⁹⁹ explica que en nuestro país el concepto de “discurso del odio” se viene aplicando a cuatro subtipos de conductas, siempre y cuando partamos de la base de que los delitos de “discurso de odio” deben conceptualizarse como una forma de comisión de los delitos de odio:

1º. El “discurso de odio” entendido como “aversión discriminatoria”, sanciona las conductas lesivas, respecto a los bienes jurídicos “clásicos”, agravados por la motivación discriminatoria.

2º. “Aversión discriminatoria criminógena”. Se entiende que el “discurso de odio” se encuentra vinculado a los delitos de favorecimiento e incitación al odio, por lo que se sancionan las conductas que en un primer momento no son lesivas, pero sí que son capaces de generar un clima predelictivo.

3º. El “discurso de odio” entendido como “aversión discriminatoria lesiva” se encuentra conectado con los delitos contra la paz pública y se sancionan las conductas que se definen como lesivas al producir climas de hostilidad y/o inseguridad.

4º. “Discurso de odio” por “aversión lesiva”, se refiere a delitos contra la moral pública en los cuales se sancionan las conductas definidas como lesivas al contener un posicionamiento hostil contra cualquier norma social esencial.

Siguiendo esta explicación encontramos que el primer subgrupo descrito hace referencia al *animus model*, mientras que los subgrupos segundo y tercero pertenecen al *discriminatory selection model* descrito por LAWRENCE¹⁰⁰. Mientras que el cuarto subgrupo no puede incardinarse en ninguno de los modelos, dado que no radica en el principio de igualdad *in totum* ni en la prohibición de discriminación y protección a colectivos históricamente vulnerables, lo que supone al autor terminar refiriéndose a un discurso impopular, lo que conlleva que puede que sean discursos con odio, pero no discursos de odio¹⁰¹.

⁹⁹FUENTES OSORIO, “El odio...”, 2017, p.52.

¹⁰⁰LAWRENCE: en: CANCIO MELIÁ, ¿Discurso de odio y... 2019, pp. 61 y 62.

¹⁰¹CANCIO MELIÁ, ¿Discurso de odio y... 2019, pp. 103 y 104.

5. EL DISCURSO DE ODO VS. EL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

El discurso de odio no conoce fronteras de tiempo ni de espacio. Desde el Ku Klux Klan en Estados Unidos hasta los mítines del partido ultraderechista de VOX¹⁰² en España, se han usado expresiones para perseguir, acosar y justificar privaciones de derechos humanos.

Tras el Holocausto alemán, y el gran crecimiento de Internet como el de otros medios de comunicación, diversos gobiernos y organismos gubernamentales han tratado de limitar expresiones que prediquen este tipo de discursos, pero, ¿cómo se pueden limitar estos discursos de odio sin perjudicar el derecho a la libertad de expresión? o, ¿es que a caso el derecho debe proteger bajo la libertad de expresión la difusión de cualquier idea aunque esta resulte perjudicial para la dignidad humana?

Pues bien, ya desde la propia Constitución española se desprende que la libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia no amparan discursos dirigidos a menoscabar derechos y/o difundir odio contra personas. En este mismo sentido se ha pronunciado ya la Fiscalía General del Estado: «el discurso generador de odio y discriminación no tiene amparo ni cobertura en los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE, y ello con fundamento en los textos internacionales ratificados por España que por mandato del art. 10 CE han de servir para la interpretación del art. 510 CP, así como en las recomendaciones emanadas de organismos internacionales de defensa de derechos humanos y de los que el Estado español es miembro»¹⁰³.

Por su parte, la Recomendación general núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, reafirma la importancia de la libertad de expresión, de la tolerancia y de la igualdad en un estado democrático y pluralista, pero sin olvidar que la libertad de expresión no constituye un derecho ilimitado y que éste debe ejercerse siempre que no atente contra los derechos de los demás. En esta misma línea se encuentra la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la

¹⁰²A modo de ejemplo, véanse las declaraciones del presidente del partido político VOX, Santiago Abascal, realizadas en 2018: «Yo soy partidario de la discriminación, soy partidario de abrir la puerta de mi casa a aquel a quien se la quiero abrir».

¹⁰³Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2017, p. 724.

lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal en su precepto séptimo¹⁰⁴.

Del conjunto de los anteriores textos, y siguiendo a DE VICENTE MARTÍNEZ¹⁰⁵, se extrae que «el discurso de odio, entendido como incitación a la discriminación, al odio, a la violencia o a la hostilidad no queda amparado, en principio, por el derecho fundamental a la libertad de expresión, siendo necesario, por tanto, compatibilizar la persecución penal con el respeto del contenido esencial del mismo». Pero, entonces, ¿cómo sabemos que estamos ante un delito de discurso de odio y no ante una mera opinión o discurso crítico, impropio, inmoral o molesto amparado por el derecho a la libertad de expresión?

Pues bien, para contestar a dicha pregunta, baste decir que conceptualmente no todo “discurso del odio” es un “delito de discurso de odio”, esto es, siguiendo la explicación de CANCIO MELIÁ, si determinados discursos poseen un contenido expresivo-comunicativo de odio o prejuicio del autor hacia una determinada persona por pertenecer a un colectivo discriminado o por su condición personal, podemos denominar a este discurso como “discurso de odio” o “*hate speech*”. Este “discurso de odio” pese a que no es constituyente de delito, sí se encuentra castigado por nuestro Ordenamiento Jurídico, como por ejemplo, la legislación administrativa sancionadora, la cual denomina a estos discursos como “incidentes de odio”. Estos “incidentes de odio” los podemos definir como aquellos hechos que, pudiendo ser indiciariamente constitutivos de un delito de odio o de una infracción administrativa relacionada con un delito de odio, no son delito. Mientras que si este “discurso de odio” se encuentra, además, tipificado como delito, estaremos ante un “delito de discurso de odio” o “*hate speech crime*”, pero si finalmente dicho discurso no es contrario a la legalidad, por

¹⁰⁴El art. 7 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, establece que: “1. La presente Decisión Marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

2. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se derivan de tradiciones constitucionales, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad”.

¹⁰⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 51.

bárbaro, rudo, o molesto que sea, no se podrá censurar puesto que perjudicaría al derecho fundamental de la libertad de expresión¹⁰⁶.

En esta línea encontramos numerosas sentencias como la STC 174/2006, de 5 de junio, establece que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “*aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*”. Por lo que termina afirmando que “*es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático*”. De igual modo, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Manresa el 11 de noviembre de 2011, establece que “*en un Estado democrático, sarcasmos, burlas y tópicos deben ser permitidos en el juego del debate político*” por “*estar amparados por la libertad de expresión*”.

Por tanto, podemos afirmar que la diferenciación entre el discurso de odio y el discurso crítico, impropio, inmorale o molesto es, por lo general, casuística, lo cual, deja abiertas las puertas a la arbitrariedad en este tipo de procedimientos. Hasta tal punto es así, que Relator Especial en su Informe A/HRC/67/357¹⁰⁷ ha enumerado los distintos elementos fundamentales, que bajo mi juicio son poco taxativos, que han de darse para determinar si una expresión es constituyente de una expresión de incitación al odio: «el peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión; la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; y un examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en que se expresó el odio, habida cuenta de que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido, porque lo que es sumamente ofensivo en una comunidad puede no serlo en otra. En consecuencia, cualquier examen del contexto debe incluir varios factores, como la existencia de tensiones recurrentes entre comunidades religiosas o

¹⁰⁶CANCIO MELIÁ, *Discurso de odio y...* 2019, pp. 91 - 95.

¹⁰⁷De igual manera la Recomendación General nº 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, sobre la lucha contra el discurso de odio racista, aprobada en agosto de 2013, en sus apartados 9 y 45, establece una serie de factores contextuales para calificar como punible o no un discurso racista.

raciales, la discriminación del grupo de que se trate, el tono y el contenido del discurso, la persona incitadora y los medios usados para difundir»¹⁰⁸.

5.1. El discurso de odio en la jurisprudencia.

No solo los tratados Internacionales ratificados por España y las Recomendaciones de los organismos internacionales de Derechos Humanos han tratado de distinguir entre el discurso ofensivo y el inofensivo, sino que también se ha ocupado la jurisprudencia de distintos Tribunales de intentar delimitar esa delicada línea divisoria entre el discurso permitido y el prohibido, aunque, como ya veremos, pese a su esfuerzo deja mucho que desear.

5.1.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La jurisprudencia del TEDH ha determinado dos notas distintivas para calificar o no un acto comunicativo como discurso de odio. Por un lado, que dicho discurso suponga una incitación directa a la violencia y por otro lado, que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, actitudes o creencias en particular¹⁰⁹.

De esta manera, a partir de la sentencia *Engogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, el TEDH ha confirmado diversas condenas por discurso de odio al señalar que “*la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular*”, y ha afirmado que el discurso de odio se incluye entre los fines legítimos que justifican la intervención de los Estados para limitar la libertad de expresión, discurso sobre discriminación racial o por orientación sexual¹¹⁰.

De esta manera, el TEDH ha intentado establecer una distinción entre el discurso “*gratuitamente ofensivo*” – indigno de protección – y el derecho a “*ofender, conmocionar o perturbar*”¹¹¹, frase muy usada en la resolución de sus casos de libertad de expresión, pero, ¿dónde está el límite entre ofender gratuitamente y simplemente

¹⁰⁸ Informe A/HRC/67/357 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, de 7 de septiembre de 2012, pp. 14 y 15. (En línea) <https://www.palermo.edu/cele/pdf/SRs-Informe-Espa.pdf> (Consultado el 3/11/2020).

¹⁰⁹ LANDA GOROSTIZA, J.M., “Incitación al odio...”, 2012, pp. 324 y ss. (En línea) <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24600/19493>. (Consultado el 4/11/2020).

¹¹⁰ En este sentido véanse las SSTEDH *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, *Le Pen c. Francia*, de 22 de octubre de 2007 y *Vejdeland and Others c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012.

¹¹¹ Véase a modo de ejemplo la STEDH caso *Handyside v. The United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976.

ofender? Pues bien, el Tribunal, a juicio de COLEMAN, está fallando estrepitosamente en el establecimiento de esta distinción y la base sobre la cual se protegen unos discursos y no otros se ha vuelto incomprensible¹¹². A modo de ejemplo podemos observar en su significativa sentencia *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, donde se condena por incitación al odio y la discriminación del Presidente del Partido de extrema derecha del Frente Nacional de Bélgica por editar y repartir diversos folletos donde se propugnaba la expulsión del país de los inmigrantes, cómo el TEDH explica que dicha condena no es contraria a la libertad de expresión ya que se excluye de la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, la discriminación y “hostilidad contra minorías e inmigrantes”¹¹³. Además “*el Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos*”.

Pero en dicha sentencia no hubo unanimidad por parte de los magistrados ya que ésta cuenta con tres votos en contra¹¹⁴. Estos magistrados señalan que el discurso del Sr. Féret es un puro discurso político y éste no puede ser reprimido salvo que existan razones imperiosas, cosa que no se da en este caso, al no haber llamamiento alguno a la violencia contra una parte de la población y “*confirma la represión penal del discurso político es contrario a la libertad de expresión*”¹¹⁵.

¹¹²COLEMAN, *La censura maquillada...*, 2018, p. 100.

¹¹³DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 57.

¹¹⁴Del juez ANDRÀS SAJÓ, voto suscrito también por los jueces VLADIMIRO ZAGREBELSK y NONA TSOTSORIA.

¹¹⁵De igual modo explican que “*la regulación del contenido y las restricciones del discurso están basadas en la premisa de que ciertas expresiones atentan «contra el espíritu» de la Convención. Pero la referencia al «espíritu» no ofrece unos criterios claros y posibilita el abuso de derecho. Los seres humanos, incluidos los jueces, se inclinan por etiquetar las posturas con las que están en desacuerdo como palpablemente inaceptables, y, por lo tanto, más allá del ámbito de la expresión protegida. Sin*

Por tanto, siguiendo a COLEMAN, podemos afirmar que los límites entre el discurso aceptable y el inaceptable, la ofensa legal y la gratuita y, en consecuencia ilegal, se difuminan hasta la oscuridad; y dibujar los límites alrededor de conceptos como el insulto y la ofensa parece ser algo imposible de aplicar en la práctica¹¹⁶.

5.1.2. El Tribunal Constitucional.

Ya desde su primera sentencia donde aborda la cuestión relativa a la protección constitucional de la libertad de expresión¹¹⁷, el TC ha insistido en que unos de los pilares básicos en un sistema democrático es la opinión pública libre, garantizada por la libertad de expresión e información. De igual modo, en su sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, señala que la libertad de expresión debe proteger incluso aquellas ideas que *“resulten repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada”* o *“deleznable”* desde la perspectiva de los *“valores que fundamentan nuestra Constitución”*. Pero sí es cierto que observando su evolución jurisprudencial, el TC lleva a cabo, en términos de LANDA GOROSTIZA, un «doble juego» de ir, por un lado, recogiendo la doctrina de Estrasburgo en la materia pero, por otro lado, forzando en cierto modo una interpretación más estricta que le habilite una trasposición de la misma al contexto del marco constitucional español¹¹⁸.

Véase así, en el “caso Violeta Friedman”¹¹⁹ donde el TC tuvo por primera vez la ocasión de pronunciarse sobre el discurso de odio, si bien es cierto que sin contener mención expresa al mismo. En esta sentencia, se afirma que *“de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos (...)”*. Mientras que en el “caso de la Librería Europa”¹²⁰, a diferencia del “caso Violeta Friedman”, el TC se aparta de la abundante jurisprudencia del TEDH, acercándose más al sistema norteamericano donde existe

embargo, es precisamente al enfrentar ideas que aborrecemos o despreciamos cuando tenemos que ser más cuidadosos en nuestro juicio, ya que nuestras convicciones personales pueden influir en nuestras ideas sobre lo que es realmente peligroso”. En *Féret v. Belgium*, (Application no. 15615/07), judgment of 16 July 2009.

¹¹⁶ COLEMAN, *La censura maquillada...*, 2018, p. 100.

¹¹⁷ STC 6/1981, de 16 de marzo.

¹¹⁸ LANDA GOROSTIZA, “Incitación al odio...”, 2012, p. 330.

¹¹⁹ STC 214/1991, de 11 de noviembre.

¹²⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

mayor amplitud en el ámbito de la libertad de expresión¹²¹, priorizando así la libertad de expresión y desplazando de tal modo la intervención penal¹²². El Tribunal por un lado excluye el delito de negación del genocidio del discurso de odio y del CP, pero, por otro lado, deja la posibilidad de castigar la justificación del genocidio cuando esta equivalga a una incitación a su comisión.

Sentencia más reciente es la STC 177/2015, de 22 de julio ante un recurso de amparo por delito de injurias a la Corona donde se alegaba libertad ideológica y de expresión¹²³. En esta sentencia se procede a la desestimación del recurso al declarar que quedan fuera del art. 20.1. a) CE “*las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*”. Dicha sentencia cuanta con tres votos particulares uno de ellos realizados por la Magistrada ASÚA BATARRITA, al que se adhiere el Magistrado VALDÉS DALRÉ, donde se considera que procedía la estimación de dicho recurso ya que el amplio campo de protección que la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades recurridas. Además, añaden que “*equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico – aquí y ahora – con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tal alta relevancia pública*”. Finalmente, en la STEDH, “caso *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*”, de 13 de marzo de 2018, el TEDH se alinea con los votos particulares de los dos magistrados anteriormente mencionados y condenó a España al entender que la Justicia española vulneró el art. 10 de la CEDH al castigar a los jóvenes por la quema de unas fotos, argumentando que la quema de las fotos “*entra dentro del ámbito de la crítica política o la disidencia y corresponde a la expresión de un rechazo de la monarquía como institución*”.

Por último, recientemente encontramos la STC 35/2020, de 25 de febrero, “caso Def Con Dos” donde se estima un recurso de amparo al considerar que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión, por no haberse ponderado con carácter previo si la

¹²¹DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...* 2018, p. 66.

¹²²LANDA GOROSTIZA, “Incitación al odio...”, 2012, p. 329.

¹²³Los hechos de este caso versan sobre dos jóvenes que prenden fuego a una foto oficial de los Reyes, ante más personas, en una manifestación antimonárquica y pacífica.

conducta enjuiciada suponía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y por no constituir las expresiones proferidas una manifestación del discurso del odio.

Por ende, pese a las contradicciones jurídicas-conceptuales que contienen las distintas sentencias del TC, podemos concluir que el TC ha venido estableciendo las siguientes limitaciones de la libertad de expresión:

- a. *“No cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”*¹²⁴.
- b. *“Carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen o justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas”*¹²⁵.
- c. *“Ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”*¹²⁶.

5.1.3. El Tribunal Supremo.

Si los dos anteriores Tribunales no nos dejan claro cuándo un discurso puede ser punible y cuando no, el Tribunal Supremo agrava dicha confusión, pues si en la STS 224/2010, de 3 de marzo, afirma que el discurso de odio *“no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a libertad de expresión o ideológica”*, en la STS 259/2011, de 12 de abril, “caso Librería Kalki”, sostiene una argumentación completamente opuesta al sostener que la difusión de ideas que justifican el genocidio nazi solo es delictiva cuando suponga una incitación indirecta a ejecutarlas. Esta última sentencia cuenta con el voto particular del Magistrado MARTÍNEZ ARRIETA, quien entiende que *“se trata de expresiones de odio porque van más allá de la mera*

¹²⁴STC 136/1999, de 20 de julio.

¹²⁵STC 235/2007, de 7 de noviembre.

¹²⁶SSTC 112/2016 y 177/2015.

exposición de una idea o de una opinión, por chocante u ofensiva que pueda resultar para la comunidad (...) De este modo, implican una legitimación de la violencia y de aquellos que realizaron conductas violentas”.

En su sentencia 372/2011, de 10 de marzo, “caso *Skin Head Blood and Honour España*”, el TS sostiene que “*no se trata de establecer una democracia militante (...) pero sí de excluir de la garantía que supone el artículo 20.1 de la CE un pretendido derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, STC 214/1991, de 11 de noviembre*”¹²⁷.

En la sentencia 623/2016, de 13 de julio, la Sala recuerda que “*el castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el TEDH como nuestro TC y esta misma Sala vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas*” y estos comportamientos “*no merecen cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad ideológica, pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos*”.

Más recientemente encontramos la sentencia 820/2016, de 2 de noviembre donde el TS confirma que el discurso de odio no se encuentra tampoco amparado por la libertad de expresión en las redes sociales, de igual manera afirma en su sentencia 706/2017, de 27 de octubre, que “retuiterar” mensajes de enaltecimiento del terrorismo también puede considerarse delito.

Por último, es menester mencionar la STS 79/2018, de 15 de febrero, “caso *Valtònic*”, donde se desestima un recurso de casación al entender que no existe infracción constitucional del art. 20 CE en relación con el art. 19 PIDCP, argumentando que “*este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 CE «expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la*

¹²⁷En sentido similar véase la STS 1396/2011, de 28 de diciembre.

exposición de las mismas». Es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas”. Además, prosigue argumentando que “en la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, en este caso, de la Institución [de la Corona], es doctrina constitucional constante desde la STC 107/1988 que, para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea u opinión, sea de palabra o por medio de la acción, se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas”.

De todo ello, podemos llegar a la conclusión de que sigue sin existir una jurisprudencia clara y consolidada, tanto externa como internamente en los Tribunales, pese al gran esfuerzo de determinar cuándo un discurso ha de ser sancionado o no dado que dicho esfuerzo sólo se refleja sobre el papel al ser de difícil aplicación en la práctica. Esta problemática se da, bajo mi criterio, al existir unos baremos poco taxativos que se dejan a la libre interpretación de cada magistrado. Véase en el último caso mencionado, el “caso Valtònic” donde el Tribunal entiende que existe un delito de injurias ergo de odio y por ende ha de mantenerse la condena del procesado, mientras que en el supuesto de la STC 177/2015, de 22 de julio, existen tres votos particulares de los cuales, uno de ellos, es por el que se inclina posteriormente el TEDH finalizando el caso en una condena a España por vulnerar el derecho a la libertad de expresión.

CAPÍTULO 2: SOBRE EL DELITO DEL DISCURSO TERRORISTA

«Nadie puede aterrorizar a toda una nación, a menos que todos nosotros seamos sus cómplices».

Edward R. Murrow.

1. EL DELITO DE TERRORISMO.

En la sociedad, cada vez, resulta menos extraño que la clase política utilice el adjetivo «terrorista» para hacer referencia a múltiples acciones que acaecen en nuestro país de tal modo, que la política – social, en los tiempos que nos acontecen, ha venido usando el término «terrorismo» de manera indiscriminada. Véase cómo a día de hoy, años más tarde de la desaparición de la banda terrorista ETA, todavía se tiende a criminalizar a ciertas personas diciendo que son afines a esta organización terrorista por pertenecer a un determinado partido político¹²⁸ o por expresar sus ideas de manera pública¹²⁹.

Por ello, considero necesario hacer un breve análisis a lo que se refieren los delitos de terrorismo en general, cuál es su concepto jurídico y cómo se encuentran regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico, para poder comprender mejor los delitos de enaltecimiento en particular.

1.1.La necesidad de alcanzar un concepto jurídico de terrorismo.

Tal y como abordamos en la anterior investigación¹³⁰, existen diversas preguntas de especial relevancia, tales como ¿Qué es el terrorismo? ¿A quiénes consideramos terroristas? Por lo que haremos alusión a lo expresado en dicho trabajo.

¹²⁸En “EL IMPARCIAL”, 03 de diciembre de 2020: “Beltrán ha denunciado que el pacto presupuestario entre PSN y Bildu se produce a pesar de que la presidenta de Navarra podía haber acordado con otras formaciones y dejar al margen la formación proetarra. ‘Todo esto demuestra que la renuncia del PSOE es total y prefiere pactar con los que justifican a los asesinos, antes que con los demócratas’”. (En línea) <https://www.elimparcial.es/noticia/218876/nacional/la-socialista-chivite-pacta-con-bildu-los-presupuestos-de-navarra.html>. (Consultado el 21/09/2020).

¹²⁹Cristina Cifuentes, delegada del Gobierno en Madrid, sobre los *escraches*, las manifestaciones frente a viviendas de políticos protagonizadas por ciudadanos que están contra los desahucios: “La señora Colau y personas que están en la Plataforma de Afectados por la Hipoteca -PAH- han manifestado su apoyo a Bildu, a Sortu y a todos estos grupos que a mi modo de ver tienen mucho que ver con el entorno de ETA y por tanto aquí no es solo un grupo que esté apoyando a las personas desahuciadas, sino que están siguiendo una estrategia política...”. En Diario digital progresista “ELPLURAL”, 25 de marzo de 2013. (En línea) https://www.elplural.com/politica/cristina-cifuentes-declara-que-ada-colau-tiene-relacion-con-grupos-filoetarras-y-las-redes-sociales-se-incendian_58233102. (Consultado el 22/09/2020).

¹³⁰Véase GARCÍA GALLEGU, *Los delitos de terrorismo...* 2019, pp. 21 – 25.

Si se acude a la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, se encuentra un primer concepto de terrorismo «dominación por terror», «sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror» y «actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos»¹³¹.

Pero, atendiendo a la doctrina, se encuentran diversos conceptos de terrorismo. Por ejemplo, GARCÍA VALDÉS denomina el terrorismo como «aquella conducta delictiva que, mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos»¹³². Por otro lado, MESTRE DELGADO, entiende que terrorismo, es un término de diversos significados, de uso extendido para hacer referencia a todas aquellas conductas que infunden terror a determinados grupos o sectores sociales, incluso aquellas conductas que generan sensaciones psicológicas de inseguridad en determinadas sociedades¹³³; PÉREZ CEPEDA, siguiendo los datos ofrecidos por la *Europol*, explica que se considera terrorismo «a aquel de inspiración religiosa, separatista, extrema izquierda y anarquista, incluso a aquellos grupos que sólo persiguen un fin (animalistas, antiabortistas, etc.), excepto la violencia de la extrema derecha, que en Europa se excluye»¹³⁴; mientras que CALDUCH, seguido por ASUA BATARRITA, entiende el terrorismo como «estrategia de relación política basada en el uso de la violencia y de la amenaza de la violencia por un grupo organizado, con objeto de inducir un sentimiento de terror o de inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas»¹³⁵.

Por su parte, la jurisprudencia, en diversas ocasiones, también se ha esforzado por alcanzar un concepto sobre terrorismo, así mismo, se puede ver en la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, al entender que *“la formula definidora del mismo es la de ser una actividad planificada que individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, ya través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de*

¹³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018). Diccionario de la lengua española 8ª edición del Tricentenario) <https://dle.rae.es/?id=Zd3L6Oc>

¹³² GARCÍA VALDÉS, «La legislación antiterrorista...», 1984, pp. 293-304.

¹³³ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista...*, 1987, p.28.

¹³⁴ PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA Y DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo Y Contraterrorismo...*, 2016, pp. 18 y 19.

¹³⁵ ASUA BATARRITA, «Concepto jurídico de terrorismo...», 2002, pp. 41-85.

*alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido*¹³⁶”.

Como podemos observar, la elaboración de un concepto de terrorismo, depende de los planteamientos metodológicos¹³⁷, pero estas definiciones, siguiendo a CAPITA REMEZAL, se pueden agrupar en tres grandes grupos.

Por un lado, se encuentran aquellas definiciones de terrorismo que incluyen como único elemento teleológico o finalístico, como hace la STC 199/1987¹³⁸ en su fundamento jurídico cuarto, afirmando que el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, refiriéndose solamente a la finalidad del tipo.

Por otro lado, están las definiciones que, junto a la finalidad política, añaden el elemento estructural u organizativo, como puede ser el concepto dado por la referida STS 2/1997, de 29 de noviembre, o en este mismo sentido, la STC 89/1993, de 12 de marzo¹³⁹.

Y en último lugar, las definiciones que combinan uno o los dos elementos con otra serie de componentes o de medios comisivos, como es la definición de CUELLO CALÓN, citado por CAPITA REMEZAL, el cual entiende que el terrorismo es «la creación, mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de temor en la colectividad o en ciertos grupos sociales, para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas»¹⁴⁰.

El concepto de terrorismo no es unívoco, pero cabe advertir que, definir jurídicamente el terrorismo, no radica solamente en un problema semántico, sino, que es una exigencia derivada del respeto a los principios de seguridad jurídica y legalidad, ya

¹³⁶STS 2/1997, de 29 de noviembre.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional 28/2000 de 20 de octubre, realiza un estudio del concepto y de los elementos que constituyen el terrorismo, entendiendo finalmente por fenómeno terrorista, aquella “*violencia social o política dirigida a destruir el orden democrático constitucional*”. Esta definición “*incluye los rasgos que son propios del terrorismo: los medios empleados (violencia física, característicamente, los estragos y explosivos), el resultado producido (un clima de terror colectivo) y la finalidad política o social pretendida por sus autores (que se refleja, bien en la condición de las víctimas elegidas, bien, por el contrario, en el indiferentismo ante las mismas o también en la repercusión internacional de los actos realizados)*”. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), Sentencia 28/2000 de 20 de octubre (JUR 2001, 44379).

¹³⁷MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista...*, 1987, p. 29.

¹³⁸STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹³⁹STC 89/1993, de 12 de marzo.

¹⁴⁰CAPITA REMEZAL, *Análisis de...*, 2008, p. 25.

que esa conceptualización, implica delimitar, en sus exactos términos, las conductas que son objeto de una legislación antiterrorista de carácter excepcional¹⁴¹, evitando así, formulaciones normativas especialmente amplias. De hecho, tal y como explica CANCIO MELIÁ, sobre la base de la interpretación literal de los preceptos actuales en materia de terrorismo, todo es posible en el plano de la aplicación, ya que «se puede convertir en una asociación penalmente ilícita, en una organización criminal, a un grupo de sujetos dedicados a la comisión de delitos de daños o condenar por la comisión de una infracción de colaboración con organización terrorista, a una pena privativa de libertad, a quien entrega a un miembro de ETA un mapa del País Vasco¹⁴²».

Empero, pese a la necesidad de alcanzar un concepto legal de terrorismo, la jurisprudencia ha sido constante en afirmar que no es necesario alcanzar dicho concepto para poder castigar dichas acciones: *“la determinación del carácter de actividad terrorista por la naturaleza de las acciones de quien las comete, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones”*¹⁴³.

En definitiva, se trata de un concepto de terrorismo en el que pueden encajar, junto a los hechos propios del terrorismo en sentido estricto, conductas completamente ajenas a éste, todo ello como consecuencia de la inadecuada redacción del delito¹⁴⁴.

¹⁴¹MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista...*, 1987, p.29.

En este mismo sentido, BELLOCH, entiende que, «la indeterminación o falta de certeza se traduce en quebranto del derecho público subjetivo a la seguridad». BELLOCH, “Introducción al estudio...”, 1985, p.29.

¹⁴²CANCIO MELIÁ, *Los Delitos De Terrorismo...*, 2010, p. 94.

¹⁴³Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia de 19 de enero de 2007 (RJ 2007,1771), con cita de STS núm. 2/1997, de 29 de noviembre (RJ 1997, 8535); STS de 27-5-88 (RJ1988, 3839); STS núm. 2/1998, de 29 de julio (RJ 1998,5855) (caso Marey); STS núm. 1064/2002, de 7 de junio (RJ 2002, 8793), entre otras.

De igual modo, el Tribunal Constitucional viene respaldando la postura adoptada por el Tribunal Supremo: *“El Tribunal no ha considerado la noción de terrorista o terrorismo como tan excesivamente ambigua o hasta tal punto interminada que violara el art. 25.1 C.E. Pero, con independencia de la mayor o menor indeterminación del concepto en sí, la STC 199/1987, en los párrafos citados, y la jurisprudencia penal a la que la STC 199/1987 alude, crean un contexto jurisprudencial que, de acuerdo con la doctrina de las SSTC 133/1987 y 105/1988, eliminan de raíz todo reproche de exceso de ambigüedad o indeterminación de las nociones "elementos terroristas" u "organizaciones terroristas".* (STC 89/1993, de 12 de marzo).

¹⁴⁴CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p. 152.

1.2. Breve análisis sobre la regulación antiterrorista en el Código Penal.

Los delitos de terrorismo se encuentran recogidos en el Título XXI, Capítulo VII, el cual abarca desde el artículo 570 hasta el artículo 580 del Código Penal. De estos preceptos, se pueden extraer los dos elementos que contiene el tipo penal: uno, es el elemento subjetivo, consistente en alguna de las finalidades previstas en el art. 573 CP concurriendo este con el elemento objetivo, consistente en un delito común, el cual, de por sí, ya sería penado.

A continuación realizaremos un breve análisis de los elementos del tipo.

1.2.1. El elemento subjetivo del tipo.

El elemento subjetivo del tipo, hasta la reforma de la Ley Orgánica 2/2015, consistía en cometer un delito de finalidad política, ya fuera subvirtiendo el orden constitucional o alterando gravemente la paz pública. Pero tras la citada reforma del Código Penal, el elemento subjetivo, siempre que se realice un delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, puede consistir en las conductas que analizaremos a continuación.

A. Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Entendiendo por subversión del orden constitucional, tal y como ha venido a explicar tanto la doctrina científica como la jurisprudencia¹⁴⁵, el equivalente a alterar el orden constitucional democrático, buscando su destrucción violenta y la de sus instituciones¹⁴⁶. Por tanto, puede decirse que la subversión del orden constitucional es un fin claramente político¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Véase la STS 2/1998, de 29 de julio.

¹⁴⁶ CAPITA REMEZAL, *Análisis de...*, 2008, p. 51.

¹⁴⁷ CERRADA MORENO, *El Terrorismo...*, 2018, p. 300.

B. Alterar gravemente la paz pública.

Por alteración grave de la paz pública en relación con los delitos de terrorismo ha de entenderse como aquel acto destinado a “*impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana*” entendiendo por gravedad, aquella “*con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social*”¹⁴⁸. Por tanto, «la gravedad del ataque a la paz pública debe entenderse como alteración de intensidad y características diferenciables de los *desórdenes públicos*»¹⁴⁹.

C. Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

Como consecuencia de lo dispuesto en la Decisión Marco de 2002, sustituida por la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017¹⁵⁰, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, añadió ésta nueva finalidad terrorista en el artículo 573 CP. Esta finalidad, debe ponerse en relación con el artículo 23.4 apartado e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵¹, modificado de igual forma, por la Disposición final primera de la Ley 2/2015.

Este apartado ha sido criticado, como es el caso de CERRADA MORENO, al entender que el concepto de *desestabilización* y la necesidad de que ésta sea *grave*, son contrarios al principio de taxatividad de la norma al dejar un amplio margen de apreciación al intérprete, además de encontrarse en una modalidad de intento de subversión del orden constitucional cuando España se encuentre incorporada en una organización, como es la Unión Europea¹⁵².

¹⁴⁸STC 199/1987, de 16 d diciembre.

¹⁴⁹ASUA BATARRITA, «Concepto jurídico de terrorismo...», 2002, p. 27.

¹⁵⁰Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Publicado en: «DOUE» núm. 91, de 9 de abril de 2018, páginas 30 a 30. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80626>.

¹⁵¹Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en: «BOE» núm. 157, de 02/07/1985. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

¹⁵²CERRADA MORENO, M., *El Terrorismo...*, 2018, p. 332.

D. Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Este elemento del tipo también ha sido objeto de diversas críticas, pues algunos autores entienden que la mención a la alteración grave de la paz pública, podría suprimirse de la regulación antiterrorista ya que la finalidad de «provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella», profundiza en el camino trazado cuando se fijó la finalidad de «alterar gravemente la paz pública», en el sentido de dotar de relevancia penal, consistente en bautizar un delito ordinario en terrorista, a un resultado inmediato de una acción, infundiendo terror en los demás, sin necesidad de atender a la finalidad política pretendida por el actor¹⁵³.

En cuanto al bien jurídico protegido lo podemos identificar con estos elementos subjetivos del injusto pero es preciso traer a colación la Sentencia de 17 de julio de 2008 (TS 2ª, *Atentados IIM*, recurso) porque declara que *“la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito”*.

En conclusión, ahora, tras la entrada de la LO 2/2015, los delitos de terrorismo consisten en la comisión de cualquier delito grave¹⁵⁴ contra los citados bienes jurídicos, siempre que se lleven a cabo, al menos, una de las cuatro finalidades expuestas.

1.2.2. El elemento objetivo del tipo.

LAMARCA PEREZ, mantiene que «la noción de banda armada u organización terrorista o rebelde constituye el elemento nuclear para la definición legal de terrorismo¹⁵⁵», en este mismo sentido, MESTRE DELGADO, apunta que «el concepto de grupo o banda, caracterizado por las notas de organización y armamento, aparece como constante marco de referencia de la normatividad antiterrorista, a la que estructura y dota de

¹⁵³CERRADA MORENO, *El Terrorismo...*, 2018, p. 333.

¹⁵⁴Cabe matizar que, por *grave*, deberá entenderse lo dispuesto en los arts. 13.1 y 32.2 CP.

¹⁵⁵LAMARCA PÉREZ, *La última recepción de la normativa...*, 1989, p. 959.

sentido¹⁵⁶», es decir, que «el injusto de los delitos de terrorismo se fundamenta en el elemento estructural que es el que permite determinar una particular y especial peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes delitos¹⁵⁷». Por tanto, es definitivamente imposible comprender el fenómeno terrorista sin la presencia de este elemento objetivo¹⁵⁸. De igual manera así se han pronunciado tanto el TC en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre como el TS en su Sentencia núm. 633/2002 de 21 de mayo, entre otras.

Aunque, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo¹⁵⁹, se establece en el Código un precepto específico para el denominado *terrorismo individual*, ocasionando así, que ahora, no se necesite estar vinculado a una organización o grupo para que un delito se considere terrorista, sino que, tras esta reforma «se parte de la idea de que todos los delitos de terrorismo pueden cometerse tanto en relación con una organización o grupo terrorista como individualmente¹⁶⁰». Este precepto ha sido objeto de diversas críticas¹⁶¹ dado que resulta paradójico que se califique como terrorismo individual a las manifestaciones de la *kaleborroka*, ya que éstas son realizadas y coordinadas de manera grupal¹⁶².

1.2.3. La lesividad específica de los delitos de terrorismo

En definitiva, el análisis de una definición de terrorismo confirma que el injusto de los delitos de terrorismo, en cuanto delitos de organización, consiste en la suposición política de un ámbito de organización posiblemente estatal, esto es, que se trata por un lado de delitos contra la Constitución, y por otro lado, suponen actuaciones concretas que atentan contra bienes jurídicos individuales para conseguir una intimidación masiva¹⁶³.

Pero con la incorporación de las hipótesis del concepto extensivo de terrorismo de la LO 2/2015, resulta mucho más difícil calificar el bien jurídico protegido en cuestión dado que muchas de estas hipótesis carecen de dicho bien jurídico, lo que supone una mera muestra más de Derecho penal del enemigo que persigue etiquetar como

¹⁵⁶MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista...*, 1987, pp. 34 y 257.

¹⁵⁷NUÑEZ CASTAÑO, *Los Delitos De Colaboración...*, 2013, p. 107.

¹⁵⁸LLOBET ANGLÍ, *Derecho Penal Del Terrorismo...*, 2010, p. 181.

¹⁵⁹«BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.

¹⁶⁰CERRADA MORENO, *El Terrorismo...*, 2018, p. 340.

¹⁶¹En este sentido: NUÑEZ CASTAÑO, *Los Delitos De Colaboración...*, 2013, p. 108.; CANCIO MELIÁ, «Derecho penal del enemigo...», 2002, p. 25; entre otros.

¹⁶²ASUA BATARRITA, «Concepto jurídico de terrorismo...», 2002, p. 39.

¹⁶³CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, p. 153.

terroristas a un grupo determinado de personas con base exclusiva en la atribución externa de una actitud interna¹⁶⁴.

2. EL LEGUAJE COMO MECANISMO DE COMUNICACIÓN EN LOS DELITOS DE TERRORISMO

En nuestro Ordenamiento Jurídico existen diversas conductas de comunicación que pueden comportar el delito de terrorismo. Si se indaga en la intersección entre los delitos de terrorismo y los de odio, surge el delito de enaltecimiento o justificación y menosprecio o humillación a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP. Sin embargo, existen otras infracciones enmarcadas entre los delitos de discurso terrorista, a saber:

La primera de ellas comprende los actos de comunicación que suponen el comportamiento típico de la colaboración con una organización terrorista, que tras el cambio estructural de la LO 2/2015, de 30 de marzo, lo comportará el denominado autor individual, recogido en el art. 577 CP. En este ámbito, la información es un medio de apoyo material directo a la organización terrorista por parte de personas no integradas en la misma, así, por ejemplo, puede tratarse de servir de «buzón» a un comando integrado en la organización o facilitar observaciones, fotografías y vigilancias sobre todo aquello que pueda convertirse en objetivo de la organización¹⁶⁵. Es decir, el tipo se constituye con la mera realización de actos en apoyo de índole material al estatus de *terrorista in spe*.

La segunda conducta se encuentra constituida con los actos pre-preparatorios individuales¹⁶⁶ mediante actos de comunicación, sin contacto personal, estipulados en el precepto 575 CP. Estas conductas delictivas, consisten en acceder a ciertas informaciones que conducen al sujeto a cometer posteriormente cualquier acto de índole terrorista.

En último lugar, la tercera conducta que comprenden los delitos de discurso del odio consiste en difundir “públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo” (art. 579.1 CP), junto con una modalidad de incitación pública

¹⁶⁴CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p. 153.

¹⁶⁵MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista...*, 1987, pp. 198 y ss.

¹⁶⁶CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p.165.

(art. 579.2 CP) y la provocación, proposición y conspiración de los artículos 17 y 18 del CP, reguladas en el art. 579.3 CP.

Aclarado cuáles son los tres discursos terroristas que recoge nuestro Ordenamiento Jurídico, deberemos verificar cuál es la modalidad del discurso terrorista del precepto 578 CP para alcanzar el objetivo del presente trabajo.

3. EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

Una vez analizado brevemente el concepto jurídico de los delitos de terrorismo y elaborado un breve análisis normativo del mismo, cabe hablar de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo tipificados en la Sección 2^a del Capítulo VII del Título XXII del Código Penal.

Concretamente, se encuentran regulados en los artículos 578 y 579 del CP castigan el enaltecimiento o justificación pública del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. Nosotros, nos centraremos en los recogidos en el art. 578 CP.

Las conductas típicas del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo se encuentran reguladas en el art. 578.1 CP, regulando una agravación del tipo penal cuando estas conductas son cometidas mediante su difusión a través de medios de comunicación, Internet, por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, en el apartado segundo del mismo precepto.

En el apartado tercero del art. 578 se recoge un tipo cualificado, que permite una punición incluso superior en grado, cuando los hechos resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear graves sentimientos de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella.

Mientras que el apartado cuarto del mismo precepto establece medias similares a las recogidas en el art. 510.6 CP al regular el borrado, destrucción o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito, lo que nos hace recordar y aplicar de manera analógica la idea de GORROCHO SALCEDO y PORTILLA CONTRERAS respecto al art. 510.6 CP, cuando

proponen la supresión de este apartado ya que «desprende el hedor de las sociedades autoritarias y representa un retorno a las hogueras, a la quema de libros, a la caza de brujas, a *Fahrenheit* 451, al permitir al Juez o Tribunal la destrucción, borrado inutilización de libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito, el bloqueo del acceso o la interrupción de dichos materiales en Internet»¹⁶⁷.

3.1. Antecedentes normativos

Su precedente normativo en nuestro sistema penal fue el delito de apología del terrorismo tipificado por primera vez en la Ley de 10 de julio de 1894¹⁶⁸, posteriormente recogido en el Código Penal de 1928¹⁶⁹ así como en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941¹⁷⁰.

En el CP de 1973¹⁷¹ se recogió este delito en los preceptos 268 y 566 incardinados en el Título II referido a “*Delitos contra la seguridad interior del Estado*”. Así se recogió también en la LO 2/1981, de 4 de mayo¹⁷², que modificaba la anterior introduciendo el precepto 216 bis a), castigando la conspiración, proposición y provocación de manera pública o por medio de algún medio de comunicación de los delitos contemplados en los arts. 174 bis B, 214 y 217, concluyendo en su párrafo segundo que la misma pena sería impuesta a todo aquel reo de apología de los delitos del párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar así como al de apología del terrorismo. Apareciendo la apología como tipo independiente, sin vinculación a la comisión de ningún hecho delictivo. Así se contempló nuevamente la apología en la LO 4/1995, de 11 de mayo¹⁷³, la cual introdujo el art. 165 ter donde, en su párrafo segundo, se requería como elemento del tipo la incitación directa a la comisión de un delito.

Por su parte, el Código Penal de 1995¹⁷⁴ reguló el delito de apología del terrorismo en su art. 18. 1 *in fine*¹⁷⁵, llegando así a la tipificación del delito de enaltecimiento del

¹⁶⁷GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, “Delitos de incitación al odio, la hostilidad...”, 2013, p. 941.

¹⁶⁸«BOE» núm. 192, de 11 de julio de 1894, pp.155 y ss. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1894/192/A00155-00156.pdf>.

¹⁶⁹«BOE» núm. 257, de 13 de septiembre de 1928, o. 1450 y ss. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf>.

¹⁷⁰«BOE» de 11 de abril de 1941, pp. 2434 y ss. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/101/A02434-02444.pdf>.

¹⁷¹«BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, páginas 24004 a 24018.

¹⁷²«BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1981, páginas 9477 a 9479.

¹⁷³«BOE» núm. 113, de 12/05/1995.

¹⁷⁴«BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

artículo 578 CP mediante la LO 7/200, de 22 de diciembre¹⁷⁶ que modifica la anterior normativa, manteniendo el delito de apología del terrorismo como delito autónomo, esto es, como una forma de provocación en el art. 18 CP. Si bien, en esta reforma del Código se evitó utilizar el término «apología» para dar la apariencia, infructuosa, de que no existe contradicción alguna entre los arts. 18 y 578 CP¹⁷⁷.

Finalmente, con la modificación del Código mediante la LO 2/2015, de 30 de marzo¹⁷⁸, el art. 18 se mantiene con la misma redacción que en las anteriores redacciones, pero, no se puede decir lo mismo sobre el precepto 578, ya que éste ha sufrido reformas orientadas al aumento de la pena para dar respuesta a las diversas formas de ejecución del mismo a través de redes sociales, quedando su redacción de la siguiente manera:

“1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito.

¹⁷⁵ El art. 18.1 *in fine* establece que: “La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiofusión o cualquier otro medio semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

¹⁷⁶ «BOE» núm. 11, de 13/01/2000.

¹⁷⁷ CARBONEL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria” en: ALONSO RIMO *et alí* (Dir.): *Terrorismo, sistema penal...*, 2018, p. 341.

¹⁷⁸ «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185.

Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.”

3.2. La apología como infracción relativa al terrorismo

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, la apología juega un papel importante ya que resulta estar muy “hermanado” con el delito recogido en el art. 578 CP, por lo que resulta necesario hacer una aclaración al respecto.

Si atendemos a la rúbrica de la sección donde se encuentra recogido el art. 578 CP, debemos considerar que se trata de un delito de terrorismo y si admitiéramos esto, deberíamos tener en cuenta las características que exige el art. 573 CP y, concretamente, la de que la conducta ha de llevarse a cabo con cualquiera de las finalidades recogidas en tal precepto: subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una OI o provocar un estado de terror en la población o parte de ella. Solamente con concurrir una de esas finalidades, podríamos considerar típicas las conductas incluidas en el art. 578 CP, lo que no parece sensato¹⁷⁹.

A este respecto, el TC ya expresó con toda claridad que la apología del terrorismo no es terrorismo, por lo que no queda cubierta por la cláusula de excepcionalidad del art. 55.2 CE:

¹⁷⁹CARBONEL MATEU: “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria” en ALONSO RIMO *et alí* (Dirs.): *Terrorismo, sistema penal...*, 2018, p. 345. En este mismo sentido ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo...», 2002, pp. 41 y ss.

“La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Los supuestos que menciona el Abogado del Estado de posible concierto o relación de los apologistas con organizaciones terroristas, son precisamente supuestos en los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el art. 1.2 k) de la propia Ley Orgánica 9/1984. Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 9/1984¹⁸⁰”.

Posteriormente, el TS aplicó esta misma doctrina constitucional frente a la pretensión del Ministerio Fiscal de recabar la competencia de la AN para hechos presuntamente constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo que habían sido cometidos fuera de España, y declaró que la apología es un delito relativo al terrorismo, pero no de terrorismo:

“(…) Es lo que se designa por apología; y la diferencia es tan clara que mientras la primera clase de acciones se ha perseguido y se persigue siempre en todas sus modalidades, la segunda a veces queda impune y con frecuencia conoce solo formas atenuadas de persecución (...) Resulta, pues, que la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito de apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo”. Por lo que llega así a la “(...) conclusión de que las conductas denotadas como apología del terrorismo, con independencia de la ubicación que decida darles el legislador cuando opte por su incriminación, no son delitos de terrorismo. Y esto, tanto en el plano conceptual como doctrinal, como también, claramente, en la vigente legislación española. De este modo, acciones como la denunciada, que, al menos en principio, podrían integrar un supuesto de los contemplados en el art. 578 del Código Penal y ser perseguidas en España cuando se hubieran cometido dentro del territorio del Estado, no pueden serlo, si realizadas fuera de España, porque no constituyen delito de terrorismo”¹⁸¹.

Por lo que queda constatado que, desde esta perspectiva, no se trata de un delito de terrorismo *per se*, sino de un delito referido al terrorismo.

¹⁸⁰STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹⁸¹ATS 23 de mayo de 2002. En el mismo sentido véase el ATS 14 de junio de 2002.

3.3. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido por este delito fue definido por la STS 812/2011, 21 de junio cuando establecía que constituye “*la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades*”.

Por ello, podemos considerar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, ya que conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas en el mismo precepto penal¹⁸²: por un lado, el bien jurídico protegido sería el mismo que el de los delitos tipificados en los art. 572 a 577 del Código Penal y por otro lado, la naturaleza propia de la conducta que supone actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, y que atenta igualmente contra el honor de los sujetos que han sufrido las consecuencias de aquellos actos terroristas, por lo que el bien jurídico protegido sería el honor de aquellas personas o de sus familiares, todas ellas víctimas del delito¹⁸³.

3.4. Elementos del tipo.

Como hemos visto, este delito tiene carácter pluriofensivo al convivir dos conductas claramente distintas, pero comparten los tipos de sujeto a los que se refieren: por un lado, el sujeto activo se entiende que es quien lleva a cabo la acción, un sujeto que enaltece el terrorismo o humilla a la víctima, y en cuanto al sujeto pasivo se entiende que es aquel o aquellos a los que va dirigido el bien jurídico protegido¹⁸⁴.

Dicho esto, es menester proceder a realizar un pequeño análisis de los elementos que constituyen el precepto 578 del Código Penal separando, por un lado, los elementos objetivos y subjetivos del delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo y, por otro lado, los tipos de injusto objetivo y subjetivo de los delitos de humillación a las víctimas del terrorismo.

¹⁸²RAMÍREZ, COTOBAL Y ROSA, *Enaltecimiento del terrorismo...*, 2019, p. 21.

¹⁸³DOMÍNGUEZ DUEÑAS, *Delitos de terrorismo...*, p. 4. (En línea) <https://fcp.es/wp-content/uploads/2017/03/Dom%C3%ADnguez-Due%C3%B1as.-Comunicaci%C3%B3n.pdf> (Consultado el 12/12/2020).

¹⁸⁴RAMÍREZ, COTOBAL Y ROSA, *Enaltecimiento del terrorismo...*, 2019, p. 140.

3.4.1. Tipo objetivo de injusto del delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo.

Tal y como expresa la STS 149/2007, de 26 de febrero, los elementos de esta figura delictiva son:

“1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.

Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP .

Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

- a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.*
- b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.*

3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución.”

Por lo que podemos decir que el delito de enaltecimiento posee una sustantividad propia respecto del delito de apología del art. 18 CP, aunque sin olvidar que el delito de enaltecimiento es una forma específica de la apología. En este sentido, la apología exige una invitación directa a cometer un delito concreto, mientras que el delito de enaltecimiento o justificación constituye una forma autónoma de apología sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito¹⁸⁵, lo que supone un adelantamiento de la barrera de protección¹⁸⁶.

3.4.2. Tipo subjetivo de injusto subjetivo del delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo.

Al tratarse de una figura delictiva que únicamente admite el comportamiento activo, solamente cabe la forma dolosa, y no por imprudente, esto es, el delito de

¹⁸⁵RAMÍREZ, COTOBAL, Y ROSA, *Enaltecimiento del terrorismo...*, 2019, p.26.

¹⁸⁶STS 587/2013, de 28 de junio.

enaltecimiento/justificación es un delito doloso, entendiéndolo como la intencionalidad y el conocimiento de la acción que se realiza¹⁸⁷.

El dolo posee dos elementos fundamentales que, siguiendo a LUZÓN PEÑA¹⁸⁸, son:

- Elemento cognitivo: El dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos, positivos y negativos, del tipo global de injusto, o sea, tanto los elementos objetivos del tipo positivo o indiciario como de la falta de concurrencia de los elementos que son requisitos de las causas de atipicidad o de justificación.
- Elemento volitivo: se refiere a los deseos del sujeto activo, esto es, el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento.

Ahora bien, la evolución jurisprudencial en esta forma delictiva, ocasionada tras la trasposición en el Ordenamiento Jurídico de la Directiva Europea 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, ha desembocado en una mayor complejidad en relación al elemento subjetivo, puesto que se ha pasado de la exigencia de un dolo típico de delitos de mera actividad, a necesitar algo más, convirtiendo a este delito de actividad en un delito de resultado.

Así lo vino a establecer la primera Sentencia del Alto Tribunal que aplicó la Directiva Europea 2017/541, de 15 de marzo:

“El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurable si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación.

Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. (...) Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

¹⁸⁷ Algunos autores sostienen que cabe el delito de enaltecimiento/justificación por dolo eventual, entendiendo este como que la finalidad del autor no es producir el resultado típico del delito, pero sí asume que se pueda producir. RAMÍREZ, COTOBAL, Y ROSA, *Enaltecimiento del terrorismo...*, 2019, p. 142

¹⁸⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho...*, 2016, pp. 230 y 231.

A tal elemento ha hecho referencia el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 112/2016 en que aborda precisa y específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal los comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados en principio al citado artículo 578 del Código Penal .

Es de resaltar que lo que se propuso ponderar tal sentencia no fue sólo la justificación del comportamiento del que acudió solicitando el amparo, sino el eventual conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 de Código Penal) con el derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) de la Constitución Española]. No solamente, por tanto, en el caso concreto. Sino estableciendo en abstracto las pautas que hagan conforme a los valores constitucionales la decisión del legislador, antes que la del juzgador.

Y el Tribunal Constitucional proclama: a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia y c) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Recuerda que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión (STC 235/2007). Esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina «elemento tendencial», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

A esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades¹⁸⁹.”

Por lo que podemos sacar en conclusión es que tras la trasposición de la Directiva, se introduce un requisito, novedoso hasta el momento, de carácter tendencial en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal de enaltecimiento/justificación y esta exigencia, referida a la intencionalidad del sujeto activo, se une la necesidad de la existencia de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, que deberá ser abarcada por el dolo del autor y constatada de forma objetiva.

¹⁸⁹STS 378/2017, de 17 de mayo.

3.4.3. Tipo objetivo de injusto del delito de humillación a las víctimas del terrorismo

Los elementos del tipo de injusto objetivo exigidos para que concurra este delito, son los siguientes:

Por un lado, deben realizarse *“actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de los delitos terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares¹⁹⁰.”*

Por otro lado, cabe decir que, *“mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad, (“... por cualquier medio de expresión pública o difusión.... ”), semejante requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas de aquél (“... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas... ”)¹⁹¹.”*

Por último, es menester mencionar que tal y como establece la STS 846/2015, de 30 de diciembre, no se exige que la víctima llegue a tener conocimiento de la conducta delictiva.

3.4.4. Tipo subjetivo de injusto del delito de humillación a las víctimas del terrorismo

Respecto al elemento subjetivo necesario para que se dé el delito de humillación a las víctimas del terrorismo cabe decir que no puede conocerse otra modalidad comisiva que el dolo, por lo que se hace necesario distinguir entre dos corrientes jurisprudenciales para terminar de determinar el dolo: una, que exige un dolo específico en la realización de los hechos, y otra que no.

Por un lado, la STS 752/2012, de 3 de octubre, viene a exigir un dolo específico: *“esta Sala había destacado el dolo específico del elemento subjetivo del injusto,*

¹⁹⁰STS 656/2007, de 17 de julio.

¹⁹¹STS 752/2012, de 3 de octubre.

consistente en la intención de vilipendiar, agravar o lesionar el honor de la persona escogida, manteniendo una relación directa con el «animus iniuriandi» de los delitos de injurias y calumnias, viniendo a ser «una manifestación cualificada de aquellas infracciones en la que ese elemento subjetivo del injusto se completa, a la vez, con el deseo de atacar al principio de autoridad» , intención «perteneiente a la más estricta intimidad del sujeto activo» , por lo que «normalmente ha de deducirse, por lógicos criterios humanos, de los actos y hechos externos configuradores del propósito de ofender» (STS de 14 de febrero de 1991, rec. 2241/1988).”

Mientras que por otro lado, tras la Sentencia de la Sala Segunda del TS núm. 846/2015, de 30 de diciembre, la cual introduce lo dispuesto por la Directiva Europea 207/541, de 15 de marzo, se realiza un cambio jurisprudencial relativo al elemento subjetivo del tipo al exigir, ahora, un dolo genérico estableciendo que: *“no se exige una especie de ánimus singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a esas víctimas como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada o contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio.”* Por lo que a partir de esta Sentencia se requiere como elemento subjetivo del tipo un dolo genérico.

4. EL DISCURSO DE ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO Y/O HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS VS. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La tipificación de estos delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas del terrorismo ha sido y es muy debatido dado que esta tipificación se entendió y se entiende como un “delito de opinión”, que atenta contra los derechos fundamentales tales como la libertad de expresión e ideológica. Por lo que la jurisprudencia ha intentado dar respuesta a dicho debate en diversas sentencias que expondremos a continuación.

4.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ya en su Sentencia de 27 de febrero de 2001, estableció que el derecho a la libertad de expresión – de crear una opinión libre, pública y responsable – abarca *“no sólo a las «informaciones» o «ideas» aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a todas aquellas que molestan, chocan o*

inquietan”. Pero, pese a la existencia de este derecho a la libertad de expresión, la opinión deberá realizarse acorde a un determinado criterio¹⁹².

Por ello, el TEDH creó el denominado “Test de Estrasburgo” por medio del cual verifica que se cumplan los requisitos que expondremos a continuación para justificar la injerencia de los Estados en este derecho fundamental.

En primer lugar, exige que haya una previsión legal de la medida restrictiva, esto es, que la limitación que pretende imponer el Estado en cuestión al derecho fundamental recogido en el Convenio tenga fundamento jurídico en su propio Ordenamiento.

En segundo lugar, requiere que la limitación sea indispensable para “*la protección de la reputación o de los derechos de los demás*”¹⁹³, esto es, que la limitación se base en un fin legítimo, como puede ser en el delito de humillación a las víctimas, la protección del honor o en el delito de enaltecimiento, el mantenimiento de la paz y el orden social.

En último lugar, exige que exista una necesidad social apremiante¹⁹⁴ de la injerencia en la sociedad democrática y que haya proporcionalidad entre la medida y el objetivo que se quiere conseguir.

Es decir, se deberán cumplir simultáneamente estos tres requisitos descritos para que pueda considerarse acorde al Convenio Europeo de Derechos Humanos la injerencia del Estado en este derecho fundamental.

Una vez explicados los requisitos marcados por este Tribunal para considerar que existe una legítima injerencia por parte del Estado en el derecho a la libertad de expresión, cabe hablar de si existe legitimación o no, según este Tribunal, por parte del Estado para limitar la libertad de expresión cuando estemos ante delitos tales como los de recogidos en el precepto 578 del Código Penal.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por lo que se refiere a las sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad

¹⁹²STEDH caso *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001: “*incluso cuando una afirmación constituya un juicio de valor, la necesidad de injerencia dependerá proporcionalmente de si existe una base factual suficiente respecto a la afirmación impugnada, por cuanto que incluso un juicio de valor carente por completo de una base factual que lo sustente, puede resultar excesivo*”.

¹⁹³SETDH, caso *Jiménez Losantos contra España*, de 14 de junio de 2016.

¹⁹⁴STEDH, caso *VGT Verein Gegen Tierfabriken contra Suiza*, de 28 de junio de 2001.

de expresión cuando pueda deducirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito¹⁹⁵, bien sea como apoyo moral a la actividad¹⁹⁶ o como apoyo moral a la ideología a través de la loa hacia aquellos que desarrollan esa actividad¹⁹⁷.

La aplicación de esta doctrina ha generado diversas resoluciones tanto de inadmisión¹⁹⁸ como de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de expresión¹⁹⁹, en aquellos supuestos en los que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestaciones del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos.

Por ello, tomando en consideración la jurisprudencia del TEDH sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión cabe decir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 CP encuentra una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de los autores de este delito siempre que sean consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Pero, ha de aclararse que, el derecho a la libertad de expresión no está solamente limitado por el TEDH, sino que a nivel nacional también se encuentra acotado como expondremos a continuación.

4.2. La respuesta jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses

¹⁹⁵ Por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*, § 43.

¹⁹⁶ Véanse las SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. *Özgür Gündem c Turquía*, § 65; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*, § 37; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaoğullari c Turquía*, § 39; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía* —núm. 3—, § 35.

¹⁹⁷ En este sentido SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. *Özgür Gündem c Turquía*, § 65; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*, § 37; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaoğullari c Turquía*, § 39; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía* —núm. 3—, § 35.

¹⁹⁸ STEDH de 16 de junio de 2009, as. *Bahceci y Turan c Turquía*; decisión de 13 de noviembre de 2003, as. *Gündüz c Turquía* —núm. 2.

¹⁹⁹ SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. *Zana c Turquía*; de 8 de julio de 1999, as. *Sürek c Turquía* —núms. 1 y 3—; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaoğullari c Turquía*; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía* —núm. 3—; 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*.

constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones.

La STC 177/2015, de 22 de julio, en su FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone lo siguientes elementos caracterizadores de este derecho, a saber:

Por un lado, el carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. El TC ha establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica *“aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”*; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones *“acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”*, ya que en nuestro sistema *“no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (...) El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”*.

Por otro lado, el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia, esto es, el Tribunal establece que la libertad de expresión tiene sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional.

Y por último, la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, es decir, el Alto Tribunal en dicha Sentencia declara que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significativa importancia social y política

respaldados por la legislación penal. A ese respecto, incide en que cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado.

De todo lo anterior, debe concluirse que el TC encuentra legítima la injerencia del Estado en conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores, ya que requiere, “*como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades*”²⁰⁰.

Por último ha de mentarse la Sentencia 112/2016, de 20 de junio, donde el Tribunal Constitucional perfila los límites de la colisión entre estos delitos y la libertad de expresión, en donde, tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia.

El Tribunal prosigue señalando que la función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes es decir, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

4.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Desde la desaparición de la banda terrorista ETA en 2011, la aplicación de estos delitos ha ido mutando en la práctica judicial, como veremos a continuación, generando así un nuevo marco de aplicación judicial, donde el precepto evoluciona hacia un delito en el que, al margen de toda relación con una organización terrorista, se persiguen

²⁰⁰STC 112/2016, de 20 de junio.

manifestaciones proferidas de un determinado discurso, sobre todo en redes sociales, lo que ha conducido a una jurisprudencia muy poco predecible²⁰¹.

En los primeros pasos de aplicación del art. 578 CP, encontramos ya en la Sentencia de 5 de septiembre de 2003 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco, los primeros debates referidos a la libertad de expresión en contraposición con los delitos del art. 578 CP. En esta Sentencia, se condenó como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a un diputado autonómico del Parlamento Vasco por justificar en la Cámara la lucha armada de ETA, pero posteriormente se recurrió la condena ante el TS y este absolvió de la condena al investigado con base en la inviolabilidad parlamentaria argumentando que *“el parlamentario se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención jurisdiccional que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de la división de poderes o no interferencia entre los mismos”*²⁰².

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha enjuiciado casos relacionados con formas de expresión artística, en los que los hechos son difícilmente compatibles con los verbos “enaltecer” o “justificar” los delitos de terrorismo o a los ejecutores de los mismos o con la existencia de menosprecio hacia las víctimas del terrorismo, ya que los textos expresados en el marco de la expresión artística pueden adquirir diversos significados en función del contexto concreto en el que se coloca la expresión empleada²⁰³. En este sentido, en el caso de “Soziedad Alkohólika”²⁰⁴, un grupo musical de *thrash metal y hardcore punk*, que en sus letras, suelen criticar con dureza el militarismo, fascismo, racismo y sexismo, entre otros asuntos, el TS entendió que no existía delito del art. 578 apartado primero del Código Penal, ya que, la letra sólo expresa opiniones y tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, la respuesta de este mismo Tribunal, años más tarde, no fue la misma en el caso de “Pablo Hasél”²⁰⁵, pese a contener gran similitud con el caso de “Soziedad Alkohólika”. En este caso, el Tribunal confirmó la Sentencia condenatoria por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN, al establecer que las

²⁰¹CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...?*, 2019, pp. 168 y ss.

²⁰²STS 1533/2004, de 21 de diciembre.

²⁰³CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...?*, 2019, p. 170.

²⁰⁴STS 656/2007, de 17 de julio.

²⁰⁵STS 106/2015 de 19 de febrero.

expresiones proferidas por el cantante no están protegidas por la libertad de expresión e ideológica, pues hay que distinguir entre el odio como sentimiento interno que queda situado extramuros de la respuesta penal de acuerdo con el principio de que los pensamientos no delinquen, y la exteriorización del mismo que sí integra hechos típicos.

Igualmente, encontramos nuevas contradicciones y restricciones al derecho a la libertad de expresión e ideológica por este Tribunal en las resoluciones emitidas en el año 2013, donde en la Sentencia 282/2013, de 1 de abril, condena a los cuatro acusados por un delito de enaltecimiento del terrorismo por portar en una carrera fotografías de quienes estaban siendo procesados por un presunto delito de terrorismo al considerarlos presos políticos²⁰⁶, mientras que en la Sentencia 340/2013, de 15 de abril, absuelve a un acusado de exhibir unas pancartas con fotografías de militantes de ETA exigiendo el acercamiento de los mismos a centros penitenciarios cercanos a sus hogares. En esta resolución, el Tribunal absolvió argumentando que solo expresa el deseo y la demanda de la reagrupación y acercamiento a cárceles del País Vasco y Navarra *“lo que significa obviamente la simple reivindicación de una aproximación de los presos a sus hogares que, por supuesto, entraría dentro de la lícita expresión de unos meros deseos y pretensiones”*²⁰⁷.

Del mismo modo, la STS 623/2016, de 13 de julio, condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo a una mujer que escribió diversos *Tweets*, de notable humor negro, acerca de alguno de los atentados realizados por ETA. Hechos similares concurren años más tarde con el “caso Cassandra”²⁰⁸ al publicar en la red social *Twitter* chistes de humor negro relativos al atentado de ETA contra Carrero Blanco, pero en este caso, el Tribunal da una respuesta completamente diferente, ya que termina absolviendo de la condena por el delito de humillación a las víctimas del terrorismo al entender que *“en el caso enjuiciado entendemos que no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC, dado que el acusado ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un ex-presidente de Gobierno*

²⁰⁶De forma similar véase la STS 958/2013, de 3 de diciembre.

²⁰⁷En este sentido SSTs 587/2013, de 28 de junio y 755/2013, de 16 de octubre.

²⁰⁸STS 95/2018, de 26 de febrero.

ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados”.

Particularmente grave es la Sentencia 4/2017, de 18 de enero, “caso Def Con Dos” donde supone la puntilla a la concepción del enaltecimiento como apología y ésta como provocación, por lo que si quedaban dudas acerca de la naturaleza de acto preparatorio de este delito, tras esta Sentencia quedan disueltas²⁰⁹ al establecer que “*el Derecho penal no puede prohibir el odio*” el Tribunal dispone que “*la afirmación de que el acusado no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación; basta con la reiteración consistente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo*”.

En el año 2017 encontramos la Sentencia 221/2017, de 29 de marzo, donde se aprecia un cambio jurisprudencial en relación a la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos al introducir la interpretación dada por el TC en esta materia²¹⁰, junto con lo expresado por el TEDH, a lo que en posteriores pronunciamientos se unirá la trasposición de la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Esta Sentencia viene a introducir un nuevo elemento encuadrable en el dolo del autor como es la necesidad de que las acciones o expresiones sean enmarcadas en el discurso de odio deben conllevar una incitación indirecta a la comisión del delito, el cual entrañe una situación de riesgo para las personas, derechos de terceros o para el sistema de libertades.

De esta manera, en la STS 378/2017, de 17 de mayo, el tribunal absuelve de un delito del art. 578 CP al considerar que el tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar los delitos de terrorismo o ensalzar a quien participó en

²⁰⁹CARBONEL MATEU: “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria” en: ALONSO RIMO *et alí* (Dir.): *Terrorismo, sistema penal...*, 2018, pp. 350 y 351.

²¹⁰STC 112/2016, de 20 de junio.

ellos ya que *“una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”*²¹¹.

Resoluciones más recientes como la STS 72/2018, de 9 de febrero, anulan la condena por enaltecimiento del terrorismo²¹² y mantiene la misma por delito de odio, al establecer que aunque *“ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento es la especie del genérico 510 CP y una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión (...) No obstante, comprobamos que si bien el discurso del odio es claro en su afirmación antijurídica y típica (...) no concurre la misma intensidad con relación al delito de enaltecimiento del terrorismo”* dado que las expresiones son muy genéricas y *“desprovistas de un contenido terrorista e incendiarias en una expresión incardinada en la exteriorización de un odio a las normas de respeto y convivencia y su contenido se incluye dentro del delito más genérico del art. 510, en el que se incluyen esas expresiones para darles un tratamiento unitario y conjunto”*.

Mientras que la STS 59/2019, de 5 de febrero, confirma la condena impuesta por redactar una serie de *tweets* que contenían una serie de imágenes y consignas de ideario aproximado a ETA, al entender que *“los textos, a veces cortos en palabras, pero ricos en visceralidad, y sentimientos de odio en unos casos; y de alabanza, aliento y estímulo, en otros, hablan por sí solos. Se combinan las referencias despectivas, con apelaciones a la participación en actividades terroristas señalando a colectivos concretos”*. Por lo que entiende el Tribunal que los hechos no tienen cabida bajo la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión.

De todas las Sentencias, emanadas por el Tribunal Supremo, analizadas en el presente apartado, cabe decir que nos encontramos ante una jurisprudencia enormemente cambiante, pendiente de una consolidación mínima²¹³, dado que en ciertos casos se condenan unos hechos, al entender que no entran dentro de la protección constitucional de los derechos a la libertad de expresión e ideológica, mientras que en

²¹¹En este sentido SSTs 560/2017, de 13 de julio y 600/2017, de 25 de mayo.

²¹²Igualmente STS 646/2018, de 14 de diciembre.

²¹³CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p. 168.

otros casos, de gran similitud en los hechos, el Tribunal absuelve al entender que sí se encuentran dentro de la protección constitucional. Por no hablar de la evolución de la aplicación del precepto al aplicarse este en manifestaciones posiblemente típicas producidas fuera de toda organización terrorista. Igualmente hay que destacar, la inexistente taxatividad, bajo mi juicio, a la hora de establecer una línea divisoria entre los delitos del art. 578 CP de los enumerados en el art. 510 CP, problemática que expondremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 3: LOS “DELITOS DE EXPRESIÓN”: EL DISCURSO DEL ODIOS Y EL DISCURSO TERRORISTA

«—Abbie Hoffman: Es un juicio por causas políticas que ya está resuelto. Ignorar esa realidad me resulta extraño.

—William Kunstler: Hay juicios por causas civiles o penales. Los juicios por causas políticas no existen.

—Abbie Hoffman: Bueno».

Aaron Sorkin, *El juicio de los 7 de Chicago*, 2020.

1. INTRODUCCIÓN: TERRORISMO Y ODIOS

Una vez abordados el discurso del odio, recogido en el artículo 510 CP, y el discurso terrorista, regulado en el precepto 578 CP, y determinada la existencia de estos dos “delitos de expresión”, merecen un análisis conjunto. Este análisis viene motivado porque en ambos casos los delitos se cometen mediante el lenguaje, ya sea en cualquier acto público o en redes sociales, y porque desgraciadamente, nuestra jurisprudencia ha etiquetado el delito de discurso terrorista como perteneciente al discurso del odio, lo que puede generar serios problemas, dado que las consecuencias de resolver en favor del discurso terrorista son mayormente gravosas, ya que van desde el aumento penológico hasta las medidas que sufre el sujeto acusado en el transcurso de todo el procedimiento penal.

2. PROBLEMAS CONCURSALES: EL ART. 22.4º CP COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE UN DELITO DE TERRORISMO

Llegados a este punto, y dejando a un lado la injerencia de los preceptos 510 y 578 CP en el derecho a la libertad de expresión e ideológica, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿puede un delito de terrorismo verse agravado por la agravante de odio regulada en el art. 22.4º CP? En el caso de que así fuera, nos encontraríamos ante una potencial doble agravación.

Para comprender mejor esta problemática, tomaré un ejemplo dado por CANCIO MELIÁ: imaginémonos un sujeto que comete un delito de terrorismo del art. 573 CP y

asesina a un referente político con el fin de “provocar un estado de terror en una parte de la población”. En ese caso, el motivo determinante no sería un perjuicio intolerante hacia una condición, en este caso, hacia la ideología de su víctima, sino que la acción de este sujeto estaría motivada por una de las finalidades recogidas en el art. 573 CP y es menester recordar que una finalidad no es lo mismo que un motivo, esto es, no es lo mismo el “para qué” que el “por qué” por lo que no podría serle de aplicación la agravante del art. 22.4º CP.

En cambio, si nuestro sujeto comete ese delito de terrorismo motivado por el odio hacia la ideología de su víctima, entonces sí cabría plantearnos la posibilidad de aplicar el art. 22.4º CP, lo que significaría agravar doblemente este asesinato²¹⁴, lo que puede chocar con varios principios del Derecho penal, como expondré a continuación.

2.1. El principio de inherencia

El principio de inherencia se encuentra expresamente recogido en el art. 67 CP:

“Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

Se trata del principio «conforme al cual no puede tomarse en consideración una circunstancia agravante cuyos requisitos concurrirían en un mismo hecho y para un mismo autor, si la conducta típica cometida por éste contempla “de forma inherente” la circunstancia agravante en cuestión²¹⁵». Por lo que cabe decir que este principio se encuentra fuertemente vinculado al principio de *non bis in idem*.

Para mayor entendimiento, conviene hablar del criterio propuesto por MATUS ACUÑA para saber si estamos ante un concurso, aparente, de leyes o por el contrario ante un concurso de delitos: si de considerar que estamos ante un concurso de delitos, condenando conforme a los dos tipos penales en concurso, se vulnerara el principio *non bis in idem* o el principio de insignificancia, significaría que estamos ante un concurso de leyes²¹⁶.

De este modo, deberá aplicarse de manera análoga el anterior razonamiento sobre el concurso de leyes, ya que nos encontramos ante un concurso aparente entre un delito y

²¹⁴CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, pp. 108 y 109.

²¹⁵*Ibidem*, p. 109.

²¹⁶MATUS ACUÑA, “La influencia del Profesor Enrique...”, 2008, pp. 1285 – 1294.

una circunstancia agravante, encontrándose el principio de insignificancia al mismo nivel de importancia que el de *non bis in idem*.

2.2. El principio de insignificancia

Por consiguiente, es preciso hacer mención al principio de insignificancia. Este principio encuentra su origen en el año 1964, cuando CLAUS ROXIN lo denominó “delitos de bagatela” y éste es «aplicable a supuestos de injusto «bagatela», conforme al cual no pueden ser penalmente típicas acciones en las que, aunque encajen formalmente en una descripción típica y no sean plenamente lícitas, sin embargo, en el caso concreto, su grado de injusto sea mínimo, insignificante²¹⁷» esto es, consiste en excluir el ejercicio del *Ius Puniendi* estatal en aquellos supuestos en los que el desvalor sea de muy baja intensidad²¹⁸.

Pese a que este principio suele usarse en los delitos relativos a la salud pública, puede aplicarse como principio inspirador de nuestro Derecho penal²¹⁹ y por ende a nuestro asunto en cuestión.

Siguiendo esta línea, imaginemos que cabe aplicar la agravante del art. 22.4º CP a una conducta criminal, por ejemplo, como es en el supuesto anterior, a un delito de terrorismo del art. 573 CP, y que al mismo tiempo no se vulnerara el principio *non bis in idem* al no coincidir la motivación de la circunstancia y el delito. En este caso, aún así, operaría el principio de inherencia por estar mayoritariamente cubierta la sanción con la sola condena conforme al delito en cuestión²²⁰.

2.3. El principio de *non bis in idem*

Por lo que respecta al principio de *non bis in idem*, cabe mencionar que de las dos vertientes del principio - procesal y material²²¹ - nos interesa la segunda. Esto es: no sancionar dos veces el mismo hecho, ya que tiene un claro apoyo constitucional en los principios de justicia e igualdad y por tanto y como derivación de estos en el principio de proporcionalidad. Pero, aunque el art. 25.1 CE no añade expresamente al principio de legalidad penal el *non bis in idem*, el TC tiene declarado en reiterada jurisprudencia

²¹⁷Diccionario Panhispánico del español jurídico. (En línea) <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-insignificancia#:~:text=Principio%20aplicable%20a%20supuestos%20de,de%20injusto%20sea%20m%C3%ADnimo%20insignificante>. (Consultado el 7/11/2020).

²¹⁸En este sentido: SSTs 216/2002, de 11 de mayo y 165/2006, de 22 de febrero.

²¹⁹NAVARRO MASSIP, “La adecuación social...”, 2001, pp. 49 – 62.

²²⁰CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, pp. 111 y 112.

²²¹Véase la STC 77/1983 donde se recoge la doble vertiente de este principio.

desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que tal principio se encuentra íntimamente vinculado al principio de legalidad penal y de las sanciones del art. 25.1 CE²²².

Por ello, nos interesa analizar si el principio de *non bis in idem* desde su perspectiva material, a efectos de interacción con el principio de inherencia, se vería vulnerado al aplicar la agravante del art. 22.4 CP a la sanción prevista para un determinado delito, como es en nuestro caso. Para ello, debemos acudir al llamado triple requisito de identidad del hecho, sujeto y fundamento, esto es, que exista identidad subjetiva entre quien es condenado por un delito y a quien se pretende aplicar la agravante, que exista una identidad objetiva entre el hecho delictivo y el que supondría la aplicación de la agravante, y que exista identidad de fundamento entre el delito y el art. 22.4CP. En definitiva, el principio impide que se condene dos veces por el mismo hecho, como puede suceder cuando no se respeta el principio de inherencia, aplicando la agravante a un sujeto a quien ya se hubiere aplicado un delito de fundamento análogo a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal²²³.

2.4. La respuesta de la Audiencia Nacional

En este sentido se ha pronunciado la AN en su Sentencia 38/1997, de 27 de noviembre, “caso Ortega Lara”, entendiendo que *“no es de apreciar la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos de discriminación referente a la ideología – pertenencia al Partido Popular de la víctima–. Pues baste tener en cuenta que no se entiende probado que en la elección de la víctima fuera determinante tal índole de pertenencia; porque las declaraciones de los procesados no aludían a esa faceta ideológica (...) (t)ampoco se estima la de cometer el delito por motivos racista o discriminación referente a la ideología (...) raza o nación a la que pertenezcan, del art. 22.4º, pues en su actividad criminal están actuando contra sus vecinos y conciudadanos, y contra toda la sociedad, sin distinción alguna”*.

De igual modo la SAN 22/2002, de 7 de junio²²⁴, establece que *“la de actuar por motivos racistas del art. 22 núm. 4 CP no sería aplicable en este supuesto, en el que lo que tuvo lugar fue un delito de terrorismo, cuyo claro objetivo fue recabar medios*

²²²LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho...*, 2016, p. 28.

²²³CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p. 112.

²²⁴Igualmente la SAN 35/2003, de 6 de noviembre dispone que *“la Sala no aprecia que en la actuación delictiva haya existido ningún tipo de discriminación hacia una concreta persona, siendo el móvil que se pretendía por los autores el atentar contra el orden democrático y llevar el temor a la ciudadanía en general”*.

económicos para una banda armada que tiene entre sus fines subvertir el orden constitucional, y no una acción motivada por razones de discriminación racial, ideológica u otra condición personal de la víctima”.

En definitiva, los delitos de terrorismo, aunque sean cometidos con odio o sean odiosos, no significa que conceptualmente sean delitos de odio conforme a su definición estricta²²⁵, por lo que no puede ser de aplicación la agravante del art. 22.4ºCP a hechos que ya que contengan el mismo fundamento, como son los delitos de terrorismo, al operar el principio de inherencia en la agravante.

3. DETERMINACIÓN JURÍDICA DIFUSA: ¿DELITO DE ODIO Y/O DELITO DE ENALTECIMIENTO O HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO?

Como se desprende del presente trabajo, la jurisprudencia ha sido incapaz de establecer un concepto determinado, tanto para los delitos de odio como para los delitos de enaltecimiento del terrorismo, ni de establecer una línea divisoria entre ambos tipos penales lo que ha generado auténticas dudas a la hora de delimitar el tipo penal aplicable en cada caso concreto.

Por eso, encontramos sentencias como la STS 623/2016, de 13 de julio, donde se mezclan ambos conceptos jurídicos para intentar determinar qué es el discurso terrorista:

“El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v. gr. SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs. Turquía, y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas.”

En este sentido, la STS 221/2017, de 29 de marzo, toma de referencia la STC 112/2016, de 20 de junio, la cual viene a concluir que:

“el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución - supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del

²²⁵CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p.116.

discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.

Así, hasta llegar a la STS 646/2015, de 14 de diciembre²²⁶, la cual viene a explicar el por qué de este batiburrillo de conceptos al entender que *“en nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los artículos 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Respecto al terrorismo, son dos las manifestaciones típicas del discurso de odio, el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP, y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP.). Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados”.*

Pero, a nuestro juicio, esta argumentación dada para intentar maquillar la falta de un concepto jurídico claro, tanto en los delitos de odio como en los delitos de terrorismo, no es suficiente. Es cierto que existen coincidencias fenomenológicas entre el discurso de odio y las expresiones del art. 578 CP, concretamente las referidas a la de humillación de las víctimas, ya que requieren el mismo proceso de categorización de las víctimas que es propio de los delitos de odio²²⁷. Sin embargo, una cosa son los delitos del discurso de odio del art. 510 CP, que son todos aquellos discursos difundidos de manera oral o escrita, a través de cualquier medio de difusión social que alienten conductas que niegan la igualdad y dignidad a personas, de colectivos mayoritarios o minoritarios, a grupos vulnerables y a gentes en riesgo por ser distintos, pudiendo generar diversas formas de intolerancia como puede ser el racismo, LGTBIfobia, misoginia y sexismo, y cualquier otra construcción que implique rechazo, desprecio e irrespeto al prójimo y a sus derechos²²⁸, y otra cosa muy distinta son los delitos de discurso terrorista que pueden ser los actos de comunicación que supongan la colaboración con una organización terrorista (art. 577 CP), actos de comunicación de auto-adoctrinamiento (art. 575 CP), actos de enaltecimiento o justificación del terrorismo o humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP), o actos de comunicación para generar más adeptos en la organización terrorista a través de la provocación (art. 579 CP).

²²⁶En este mismo sentido de argumentación véase la STS 47/2019, de 4 de febrero.

²²⁷CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...*, 2019, p. 245.

²²⁸DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio...*, 2018, p. 43.

Es menester recordar que, tal y como se ha expuesto en este trabajo, los delitos de terrorismo, aunque sean cometidos con odio o sean odiosos, no significa que conceptualmente sean delitos de odio conforme a su definición estricta²²⁹ ya que, aunque en el discurso terrorista subyazca un odio genérico frente a las normas de respeto y convivencia del Estado, no quiere decirse que sea ese odio entendido como el prejuicio basado en la intolerancia hacia una condición personal o hacia colectivos caracterizados por esa condición personal²³⁰.

Por lo que a nuestro juicio, los delitos de discurso terrorista no son una modalidad específica de delito de odio, mientras que, por el contrario, se está empleando el delito de terrorismo para sancionar hechos constitutivos únicamente (si es que se da) de un delito de discurso de odio como sucede en el “caso Def Con Dos”²³¹, lo que da muestra de un problema más allá de lo conceptual.

Siguiendo a CANCIO MELIÁ, «podemos admitir que nuestro ordenamiento jurídico cuente con un delito de terrorismo que sanciona discursos de odio, siempre y cuando esos discursos que sanciona sean al tiempo discursos terroristas. Lo que no es admisible es contar con un delito que formalmente sea terrorista si no sanciona discursos terroristas, si sólo sirve como instrumento para sancionar discursos de odio no terroristas²³²».

4. LA PERSECUCIÓN DE DISCURSOS DISIDENTES A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Cuando se habla de *Derecho penal del enemigo*, éste, se entiende como aquel Derecho penal que trata a los infractores como no ciudadanos, esto es, como sujetos que no han respetado las normas penales establecidas y como consecuencia, han de ser tratados como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas de cualquier modo. De esta manera, el Estado no les trata como ciudadanos, sino como enemigos a los que hay que combatir²³³.

²²⁹CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, p.116.

²³⁰Esta distinción conceptual entre discurso de odio y discurso terrorista se encuentra también recogida en la STS 72/2018, de 9 de febrero.

²³¹STS 4/2017, de 18 de enero.

²³²CANCIO MELIÁ, *¿Discurso de odio y...* 2019, p. 238.

²³³*Ídem*, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo... », 2002, p. 20.

Con base en esto, nos encontramos con dos tipos de individuos. Por un lado tenemos las personas, entendidas como aquellos sujetos titulares de derechos y obligaciones que pese a que puedan cometer algún delito, se espera un comportamiento conforme a Derecho en el futuro, ya que para JAKOBS el fundamento del Derecho penal es la estabilización de la norma, no la protección de bienes jurídicos²³⁴.

Mientras que por otro lado tenemos las no-personas, los enemigos a abatir. Estos sujetos son aquellas personas que no ofrecen ninguna garantía de que vayan a cumplir la norma, de modo que desaparece la necesidad de concederles derechos y por consecuencia, se permite combatir el peligro que suponen de la manera oportuna más eficaz.

Siguiendo a CERRADA MORENO, puede observarse que se está hablando del *Derecho penal del enemigo*, si se encuentran los siguientes elementos: 1) la supresión de garantías procesales; 2) la reacción legislativa frente al hecho delictivo que supone un adelantamiento de la punibilidad al ámbito de la preparación del acto y la pena no tiene como objetivo la penalización de los hechos cometidos, sino el aseguramiento frente a hechos futuros para salvaguardar así el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos y; 3) la existencia en la legislación de unas penas desproporcionadas²³⁵.

Teniendo en cuenta la falta de conceptos taxativos respecto a los delitos de discurso del odio del art. 510 CP como de los delitos del discurso terrorista²³⁶, en relación con la tendente aplicación de un delito que formalmente es terrorista pero no sanciona discursos terroristas, sino que es usado como instrumento para sancionar discursos de odio no terroristas, se hace necesario el análisis de la posible existencia o no de este Derecho penal del enemigo en susodichos preceptos.

²³⁴JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona...*, 1996, p.18.

²³⁵CERRADA MORENO, *El Terrorismo...*, 2018, p. 416.

²³⁶Tras la LO 2/2015, de 30 de marzo, se produce una notable ampliación de la noción de terrorismo generando aun mayor indeterminación en el concepto de terrorismo. Con esta nueva regulación si un ciudadano participa en una protesta sin usar la violencia y ocupando un espacio público, resistiéndose de modo meramente pasivo, negándose a seguir la orden de la policía a abandonar ese lugar, estaría cometiendo posiblemente un delito de desórdenes públicos, que al tratar de "obligar a los poderes públicos a hacer algo o dejar de hacerlo" puede perfectamente ser considerado terrorista. Lo mismo podría ocurrir con un activista animalista que cometiera un delito de daños al liberar a unos animales criados en una granja productora de pieles. CANCIO MELIÁ, "Pacto antiterrorista": por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco. (2015, 11 de febrero), en El diario.es. (En línea) http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizantebarranco_6_355624462.html. (Consultado el 08/10/2020).

4.1. Supresión de garantías procesales

Si estamos ante un delito de odio el procesado posee todas las garantías procesales como si de cualquier otro delito se tratara, pero no podemos decir lo mismo si al procesado se le imputa un delito de terrorismo como puede ser el delito de discurso terrorista. Siguiendo estas directrices y atendiendo a la legislación española, puede observarse que en la propia Constitución española, existe la legitimidad de suprimir los derechos fundamentales cuando se declare un estado de excepción o de sitio, o bien, a través de una Ley Orgánica, cuando se trate de actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas²³⁷.

Una de estas leyes orgánicas que determinan la forma y los casos en los que se va a aplicar dicha normativa excepcional es la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo de reforma de la LECrim²³⁸, la cual, en su Disposición Transitoria otorga la competencia a la Audiencia Nacional de instruir y enjuiciar las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Sin intención de llevar más allá del debate la constitucionalidad de las competencias de la Audiencia Nacional, baste decir que, parte de la doctrina entiende que la concesión de estas competencias a este Tribunal, «constituye el elemento central del régimen de suspensión de derechos ya que sustituye una intervención real y directa por una intervención ritual y honoraria que difícilmente puede garantizar una autentica fiscalización de la actuación gubernativa²³⁹».

Por lo que aquí interesa, cabe realizar una aclaración, la genérica autorización de supresión de ciertas garantías procesales a lo largo de diversos preceptos de la LECrim

²³⁷El art. 55 CE establece que: “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

²³⁸«BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1988, páginas 16159 a 16160. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>.

²³⁹PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA, DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo Y Contraterrorismo...*, 2016, p. 179. En este sentido ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho...*, 1992, p. 442 y GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal...* 1981, pp. 93 y ss.

para todos los delitos de terrorismo implica extender la habilitación a todos los delitos contemplados en el Título XXII Capítulo VII del CP, lo que significa extenderlos a los delitos de enaltecimiento o justificación del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo²⁴⁰. La LO 4/1988, en su precepto 579.4 permite la posibilidad de acordar la medida de intervención telefónica para casos de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo sin autorización judicial previa. La autorización en estos casos la podrá ordenar el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado, siempre que, posteriormente, lo comuniquen al Juez competente para que éste revoque o confirme la medida. Con esta regulación se está permitiendo que sea una autoridad política la que decida la intervención telefónica a un ciudadano, siendo el control judicial *a posteriori*, violentando así el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Pero no acaba aquí la cosa ya que, tras la LO 13/2015, las medidas de investigación tecnológica no sólo se articulan por el precepto 579 LECrim, sino que estas medidas se regulan a lo largo, nada más y nada menos, de 39 artículos de los que abordaremos algunos de ellos. Para la interceptación de las comunicaciones telefónicas, telemáticas (art. 588 *ter*) y para el registro remoto de equipos informáticos (art. 588 *septies* a) basta con que se traten de delitos cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra índole de comunicación. A todo ello hay que añadir el alcance subjetivo de estas medidas limitativas, ya que no solo afecta a todas las personas que tienen relación con el imputado (art. 588 *bis* h), incluyendo la posibilidad de la intervención en las comunicaciones de la víctima (art. 588 *ter* b), sino que también se pueden intervenir las comunicaciones emitidas desde terminales o medios pertenecientes a terceras personas (art. 588 *ter* c) incluyendo la intervención de la terminal o medio utilizado por el imputado (art. 588 *ter* b). Todo ello, puede propiciar, a modo de ejemplo seguido por CUERDA ARNAU, que se pueda intervenir el locutorio al que acudiese con frecuencia el investigado, sin que fuera previsible, y además, que quienes hubieran visto afectada su intimidad no lleguen si quiera a tener conocimiento de ello²⁴¹.

²⁴⁰En este sentido CUERDA ARNAU, “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tecnovigilancia. Visión de conjunto” en: ALONSO RIMO *et alí* (Dirs.): *Terrorismo, sistema penal...*, 2018, p. 525.

²⁴¹CUERDA ARNAU, “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tecnovigilancia. Visión de conjunto” en: ALONSO RIMO *et alí* (Dirs.): *Terrorismo, sistema penal...*, 2018, p. 525.

Todo ello, sin mencionar que el plazo que establece la ley para la captación y grabación de comunicaciones lo deja al libre arbitrio del Juez instructor (arts. 588 *quarter a*) y ss.), sin regular expresamente las grabaciones de las conversaciones entre personas privadas de libertad, pese a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2014.

En este sentido, a modo de conclusión, baste decir que tal y como expresa PORTILLA CONTRERAS, estas vigilancias sistemáticas al amparo de labores de investigación, pueden resultar extremadamente peligrosas, ya que terminan por ser un modo de recopilación de datos de ciudadanos que se limitan a ejercer sus derechos fundamentales, en este casos los de libertad de expresión e ideológica, y que, en muchos casos, resultan molestos para el Poder²⁴².

4.2. El adelantamiento de la punibilidad al ámbito de la preparación del acto

Realizando un análisis de la historia contemporánea, se observa cómo el Derecho penal se ha utilizado como instrumento de control para aquellas organizaciones o colectivos no violentos cuyos objetivos políticos y planteamientos ideológicos son idénticos a los de las organizaciones y colectivos que recurren al uso de la violencia, es decir, al de las organizaciones terroristas²⁴³. Es más, desde la reforma de la LO 2/2015, puede observarse cómo la legislación se ha anticipado la intervención penal a una fase anterior, es decir, a la fase de identificación, la cual pertenece a la fase ideológica del pensamiento. Este adelantamiento según PEREZ CEPADA, desemboca en el *principio de precaución* el cual tiene como consecuencia «determinar nuevas estrategias que pretenden la aplicación de una política de segregación represiva y punitiva de un sector de la población de riesgo, estableciendo no sólo límites penales que afectan al ejercicio efectivo de derechos fundamentales, sino limitando incluso el ejercicio de los mismos» y, en definitiva, dicha autora entiende que cuando el Derecho penal se expande de tal modo, éste se convierte en excepcional, teniendo efectos criminógenos y aumentando la

²⁴²PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo Anarquista” en: ALONSO RIMO *et alí* (Dir.): *Terrorismo, sistema penal...*, 2018, pp. 359 y ss.

²⁴³Véase a modo de ejemplo el Auto del Juzgado central de instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2009, mencionado por dicho autor, mediante el cual se prohíbe la celebración de una serie de manifestaciones y concentraciones convocadas por una organización legal de familiares de presos de ETA al entender que dichos actos, disfrazados bajo el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, tienen como objetivo cumplir los fines filotarras y el plan estratégico dado por ETA/EKIN con el objetivo de mantener la fidelidad de sus militantes, tanto en las cárceles como fuera de ellas, al tiempo que las citadas concentraciones contribuyen a activar su masa social captando posibles nuevos militantes para que no decaiga la capacidad movilizadora ni cunda resignación. MIRA BENAVENT, *et alí*, *El Nuevo Panorama Del Terrorismo...*, 2013, pp. 55 y 56.

precepción social del riesgo, transformándose así, en un Derecho penal de autor, policial, selectivo y discriminatorio²⁴⁴.

El adelantamiento de la punibilidad al ámbito de la preparación del acto puede observarse tanto en los delitos de discurso del odio como en los delitos del discurso terrorista.

En cuanto a los delitos del discurso de odio, tanto en el art. 510.1. a) CP relativo a la incitación al odio, el Legislador deja claro que las conductas no requieren la lesión del bien jurídico de la igualdad, sino su puesta en peligro mediante la incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia, es decir, que con dicha reforma se ha añadido un amplio catalogo de actos de favorecimiento del favorecimiento o de la incitación al odio, o lo que es lo mismo, actos preparatorios de actos preparatorios, en un desmedido adelantamiento de la barrera de protección de los bienes jurídicos protegidos, tampoco concretados por el legislador²⁴⁵. Lo que ocurre de igual manera con lo establecido por el art. 510.1.b) CP relativo a la producción, distribución etc. de materiales idóneos para la incitación al odio, al castigar actos no delictivos, que presentan una gran inseguridad y abuso de conceptos indeterminados, por implicar un adelantamiento desmesurado de las barreras de protección al castigar actos preparatorios de actos preparatorios.

Por su parte, respecto al discurso terrorista, teniendo en cuenta todas sus modalidades recogidas por nuestro Código Penal, el art. 575 CP, adelanta la barrera de protección con el auto-doctrinamiento. De igual modo, lo hace el art. 578 CP, objeto del presente estudio, al ser entendido por la jurisprudencia como constituyente de “*una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito*” por lo que “*la barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica*”²⁴⁶. Empero, por si ese adelantamiento de la punibilidad fuese poco, el art. 579 CP sanciona penalmente los actos de provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578. Por tanto, es delito la realización de uno de estos actos preparatorios para cometer el delito de enaltecimiento o justificación.

²⁴⁴PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA, DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo Y Contraterrorismo...*, 2016, p. 28.

²⁴⁵Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento...* 1997, pp. 31 y ss.

²⁴⁶STS 224/2010 de 3 de marzo.

4.3. La existencia de unas penas y medidas desproporcionadas

Atendiendo a las medidas previstas para los delitos de odio recogidas en el art. 510.6 CP encontramos “la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos”, medidas igualmente estipuladas para los delitos contemplados en el precepto 578 CP, lo que a nuestro juicio, y tomando la idea de GORROCHO SALCEDO y PORTILLA CONTRERAS «desprende el hedor de las sociedades autoritarias y representa un retorno a las hogueras, a la quema de libros, a la caza de brujas, a *Fahrenheit* 451, al permitir al Juez o Tribunal la destrucción, borrado inutilización de libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito, el bloqueo del acceso o la interrupción de dichos materiales en Internet»²⁴⁷.

Pero si ponderamos entre las penas y medidas aplicadas para los delitos de odio y los delitos de terrorismo que se recogen en nuestro Ordenamiento, encontramos que éstas últimas son sumamente más gravosas.

Si tenemos en cuenta las medidas recogidas en el ámbito penitenciario en relación a los delitos de terrorismo, encontramos una desproporcionalidad abismal si lo comparamos con cualquier otro delito tipificado en el Código. El art. 36.1. a) CP regula la prisión permanente revisable estableciendo que deberán transcurrir veinte años de prisión efectiva para que el condenado por cualquier delito encuadrado como terrorista pueda acceder a la clasificación en el tercer grado, además, esta clasificación “deberá ser autorizada por el Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias”.

Igualmente, el apartado segundo del mismo precepto, obliga al Juez a imponer el llamado período de seguridad, que impide la progresión al tercer grado penitenciario hasta que no se cumpla la mitad de la pena, cuando se trate de un delito de terrorismo y la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, mientras que para el resto de delitos no es necesario este requisito. De esta manera, OLLÉ SESÉ entiende que esto es un claro ejemplo donde se muestra la voluntad del legislador de evitar que los

²⁴⁷GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, “Delitos de incitación al odio, la hostilidad...”, 2013, p. 941.

condenados por terrorismo disfruten del denominado *periodo de seguridad* y, por ende, el actual régimen penitenciario se está convirtiendo *de facto* en un régimen de excepción o en una herramienta propia del Derecho penal del enemigo²⁴⁸.

En la misma tónica se encuentra el art. 90.8 CP, que establece un requisito adicional para la concesión de la libertad condicional cuando la condena sea por delitos de terrorismo:

“que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

En cuanto a la libertad condicional concedida al terrorista podrá ser revocada en el caso de que “se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada” (*ex art. 92.3 CP*).

Pero la excepcionalidad de la pena no acaba aquí, mientras que con el resto de reos se podrá “acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional” si cumplen una serie de requisitos recogidos en el art. 90. 2 y 3 CP, con los penados por delitos de terrorismo esta suspensión de la pena no podrá acordarse (*ex art. 90.8 in fine*).

Todo esto culmina con la obligación de imponer la medida de libertad vigilada (art. 579.3 CP), con la única excepción de que el terrorista sea delincuente primario, esto es, que haya cometido un solo delito y que no sea de carácter grave. En tal caso no será

²⁴⁸PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA, DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo Y Contraterrorismo...*, 2016, pp. 228 y 230.

imperativa la libertad vigilada, quedando al arbitrio del Juez, que deberá atender a la peligrosidad del autor.

5. CONCLUSIONES

Primera. – Tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, la tipificación de los delitos de discurso de odio no ha mejorado sino empeorado aún más la situación ya que han irrumpido en el núcleo duro de los derechos a la libertad de expresión e ideológica de tal manera que, ahora, para diferenciar el delito de discurso del odio y el discurso crítico, impropio, inmoral o molesto es, por lo general, casuística, lo cual, deja abiertas las puertas a la arbitrariedad en este tipo de procedimientos, vulnerando así los principios de seguridad jurídica, legalidad y taxatividad de la norma.

Segunda. – Elaborar un concepto jurídico unívoco en materia terrorista ha de ser una obligación inmediata para el Legislador, delimitando escrupulosamente las conductas que son objeto de la legislación antiterrorista, de lo contrario, se producen arbitrariedades a la hora de aplicar dicha legislación, ya que como dice BUSTOS RAMÍREZ «lo más grave de la legislación antiterrorista, es que da la imagen distorsionada de que se va a aplicar sólo y exclusivamente a los terroristas»²⁴⁹.

Tercera. – La relación que se muestra en diversas sentencias entre los delitos de discurso del odio y el discurso terrorista, llegando a crear confusión a todo aquel que se interese por estos casos, deja clara la necesidad de un concepto jurídico claro, tanto en los delitos de odio como en los delitos de discurso terrorista. Es cierto que existen coincidencias fenomenológicas, como hemos visto, entre el discurso de odio y las expresiones del art. 578 CP, sin embargo, una cosa son los delitos del discurso de odio del art. 510 CP y otra muy distinta los delitos de discurso terrorista recogidos en el art. 578 CP.

Cuarta. – Aplicar el tipo penal del art. 578 CP a hechos en los que, si a caso, encuentran encaje dentro de los delitos de discurso del odio, nos hace pensar que lo que se busca es reprimir todas aquellas expresiones o discursos molestos, impopulares, o incluso de mal gusto para algún sector de la sociedad, ya que como hemos visto las garantías procesales, el adelantamiento de la punibilidad al ámbito preparatorio, las penas y las medidas son mucho más gravosas si se trata de un discurso terrorista. En definitiva, estas directrices de carácter político-criminal están desembocando en un Derecho penal del enemigo de carácter autoritario encaminado a abatir a toda aquella disidencia política, sin necesidad de que esta recurra al uso de la violencia.

²⁴⁹BUSTOS RAMÍREZ: en: CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo...*, 2010, pie de pág. 195, p. 74.

Quinta. – La aplicación de tipos penales a hechos que no se corresponden con la descripción del mismo, conllevando cada vez más a la autocensura por parte de los propios individuos que componen una sociedad hace recordar lo expresado por el célebre GEORGE ORWELL cuando decía que «si el líder dice de tal evento esto no ocurrió, pues no ocurrió. Si dice que dos y dos son cinco, pues dos y dos son cinco. Esta perspectiva me preocupa mucho más que las bombas»²⁵⁰. Y razón no le faltaba, ya que la libertad de expresión es un Derecho Fundamental y aunque todo empiece por un buen motivo, una vez que los Gobiernos legislan las restricciones a la libertad de expresión, no hay marcha atrás y se corre el riesgo de que cada vez se amplíe más la “seguridad” y se restinga más la libertad por lo que cualquier limitación a ésta debiera tener una escrupulosa justificación, aun cuando se trate de discursos relativos al terrorismo.

Sexta. – La aplicación del Código Penal para casos en los que el único delito que ha cometido el sujeto activo ha sido dar una opinión o expresar una idea aunque sea merecedora de reproche (o tal vez no), está llegando al absurdo. Tal y como sostiene GARCÍA-TREJEVIANO, «no se necesita esfuerzo mental para percibir que la razón de Estado y el orden público, los dos enemigos históricos de la verdad y de la libertad, son criaturas gemelas del principio de Autoridad constituyente del Estado²⁵¹». Por ello, debemos plantearnos si el lugar donde deben resolverse estas diferencias que en realidad revisten ideologías políticas son los Tribunales, ya que si esto es así, lo único que denota es la pérdida a pasos agigantados de la legitimidad democrática y cuando queramos darnos cuenta y hacer algo al respecto para remediarlo, ya será demasiado tarde. Y la culpa será nuestra.

²⁵⁰ORWELL, *Recuerdos de la guerra...*, 1943.

²⁵¹GARCÍA-TREJEVIANO FORTES, *Teoría pura...* 2010, p. 462.

5. BIBLIOGRAFÍA

“Hate Speech and Hate Crimes against LGTB Persons”, *Fundamental Rights Agency*, 2009.

“Homophobia and Discrimination on Grounds of sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States Part II – The social Situation”, *Fundamental Rights Agency*, 2009.

ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas”, en: *Diario La Ley*, núm. 8245, de 6 de febrero de 2014, pp. 1-31.

ALONSO RIMO, ALBERTO *et alii* (Dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, *Curso de Derecho Constitucional*, 2 tomos, Madrid, Tecnos, 1992.

ASUA BATARRITA, ADELA, «Concepto jurídico de terrorismo y elementos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.

AVILÉS FARRÉS, JUAN, *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Madrid, Ed. Arco Libros, 2010.

BELLOCH, JUAN ALBERTO, “Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, ¿una quiebra del estado de derecho?” en: *Revista Vasca*, nº 11. 1985, pp. 9-24.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1999.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la Ley Orgánica 7/2000», en: *JD*, nº 44, julio 2002, pp. 19-26.

– "Pacto antiterrorista": por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco. El diario.es. Disponible en: http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterroristapendiente-deslizante-barranco_6_355624462.html.

– *¿Discurso de odio y/o terrorista?*, Navarra, Edit. Aranzadi, 2019.

CAPITA REMEZAL, MARIO, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, Ed. Colex, 2008.

COLEMAN, PAUL, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el "discurso del odio" amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2018.

COMAS D'ARGEMIR, MARÍA DOLORS, "Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión". Ponencia impartida en la IX Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal, Barcelona 24 de mayo de 2016, pp. 1-21. (En línea) http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/formacio/jornades/jpiu/2016/ixjorn_just_pena_l_intern_20160524_regulacio_comas.pdf.

CUEVA FERNÁNDEZ, RICARDO, "El discurso del odio y su prohibición", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 35, 2012, pp. 437-455.

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2018.

DOMÍNGUEZ DUEÑAS, GUADALUPE, *Delitos de terrorismo. El enaltecimiento del terrorismo*, pp. 1-8. (En línea) [https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Dom %C3%ADnguez-Due%C3%B1as.-Comunicaci%C3%B3n.pdf](https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Dom%C3%ADnguez-Due%C3%B1as.-Comunicaci%C3%B3n.pdf).

FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, "El odio como delito", en: *RECPC*, 2017, pp. 19-27.

GARCÍA GALLEGU, SANDRA, *Los delitos de terrorismo en España y su reforma en la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo*, (Trabajo Fin de Grado), Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2019.

GARCÍA VALDÉS, CARLOS. «La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas», en: *ADPCP*, 1984, pp. 293-304.

GARCÍA-TREJEVIANO FORTES, ANTONIO, *Teoría pura de la República*, Edit. Turolo, ediciones MCRC, 2010.

GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, “Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.) *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos de Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Civitas, 1981.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en: *RECPC*, 2016, pp. 18-20.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: en: CORCOY VIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 1602 - 1607.

GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA, “Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 17 de noviembre de 1998)”, en: *DLL*, 1999, pp. 1839-1852.

Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1997.

Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, Madrid, 20 de diciembre de 2012

JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid, Civitas, 1996.

JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal Del Enemigo / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá*, 2ª Ed., Madrid: Civitas, 2006.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN. *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*, en: *ADPCP*, Ministerio de Justicia, fascículo III, tomo XLII, septiembre-diciembre de 1989, pp. 955 a 988 del anuario.

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata* (A la vez de un comentario a la STS 259/2011 – librería kalki – y a la STC 235/2007)”, en *RDPC*, núm. 7, 2012, pp. 297-346. (En línea) <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24600/19493>.

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, “Recesión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP, 2013 (con réplica de Juan Alberto Díaz López)”, en: *InDret* 3/2014, pp.2 y ss.

LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1999.

LLOBET ANGLÍ, MARIONA, *Derecho Penal Del Terrorismo Límites De Su Punición En Un Estado Democrático*. 1ª ed. Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.

–*Los Delitos De Terrorismo: Estructura Típica e Injusto*, Madrid, Ed. Reus, 2010.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, “La influencia del Profesor Enrique Gimbernat Ordeig en el desarrollo de la teoría del concurso aparente de Leyes en España hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995”, en: *EPHEG*, t. II, 2008, pp. 1285 – 1294.

Memorándum Explicativo de la Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra expresiones de incitación al odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, por la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia.

Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2012.

Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2016.

Memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, Barcelona, 2015.

MESTRE DELGADO, ESTEBAN, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987.

MIRA BENAVENT, JAVIER, ET ALII, *El Nuevo Panorama Del Terrorismo En España Perspectiva Penal, Penitenciaria Y Social*, San Vicente Del Raspeig, Publicaciones De La Universidad De Alicante, 2013.

NAVARRO MASSIP, JORGE, “La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima”, en: *RAD*, 2001, pp. 49 – 62.

NÚÑEZ CASTAÑO, M^a. ELENA, *Los Delitos De Colaboración Con Organizaciones Y Grupos Terroristas Sobre El Sentido De Las Reformas Penales En Materia De Terrorismo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

ORWELL, GEORGE, *Recuerdos de la guerra de España*, 1943.

PAREKH, BHIKHU, “Hate speech: Is there a case for banning?” en: *PPR* 12 (4), 2006, pp. 37-56.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “La represión penal del discurso del odio”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2015.

PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPADA Y DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo Y Contraterrorismo En El Siglo XXI Un Análisis Penal Y Político Criminal*, Salamanca, Ed. Ratio Legis, 2016.

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS, “No pienses en un genocida”, en: *JD*. Boletín de la Comisión Penal, núm. 3, 2013, pp. 1-7. (En línea) <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2013/11/NO-PIENSES-EN-UN-GENOCIDA.pdf>.

RAMÍREZ, VANESSA, VÍCTOR COTOBAL Y JUAN ROSA, *Enaltecimiento del terrorismo: análisis jurisprudencial y policial del artículo 578 del Código Penal*. Madrid, COLEX, 2019.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018). *Diccionario de la lengua española* 8^a Edición del Tricentenario.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, SAMUEL, Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio: en: MIRÓ LLINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos*

en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 275-269.

SOUTO GALVÁN, BEATRIZ, “Discurso del odio: género y libertad de expresión”, en: *RGDP*, núm. 23, 2015, pp. 22 y 23.

SUMPTION JONATHAN, *Juicios de Estado. La ley y la decadencia de la política*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 2019.

TERUEL LOZANO, GERMÁN M., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras son luces en la reforma del código penal”, en: *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho, 4/2015, pp. 1-54.

VÍRGALA FORURIA, EDUARDO, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español» en: *REDC*, año nº 14, Nº 40, 1994, pp. 61-132.

VV.AA., *Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2016.

6. JURISPRUDENCIA

- .- STEDH caso *Handyside v. The United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976.
- .-STEDH caso *Zana c Turquía* de 25 de noviembre de 1997.
- .- STEDH caso *Sürek c Turquía* de 8 de julio de 1999.
- .-STEDH caso *Özgür Gündem c Turquía* de 16 de marzo de 2000
- .- STEDH caso *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero 2001.
- .- STEDH, caso *VGT Verein Gegen Tierfabriken contra Suiza*, de 28 de junio de 2001.
- .- STEDH caso *Halis Dogan c Turquía* de 7 de febrero de 2006.
- .- STEDH caso *Hocaoğullari c Turquía* de 7 de marzo de 2006.
- .- STEDH caso *Halis Dogan c Turquía* de 10 de octubre de 2006.
- .- STEDH *Le Pen c. Francia*, de 22 de octubre de 2007.
- .- STEDH, caso *Leroy v. France*, de 2 de octubre de 2008.
- .- STEDH 235/2007, de 7 de noviembre, (*BOE (Official State Gazzete) number 295, of 10 December 2007*).
- .- STEDH caso *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009.
- .- STEDH caso *Bahceci y Turan c Turquía* de 16 de junio de 2009.
- .- STEDH *Vejdeland and Others c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012
- .- SETDH, caso *Jiménez Losantos contra España*, de 14 de junio de 2016
- .- STEDH “caso *Stern Taulats et Roure Capellera c. Espagne*”, de 13 de marzo de 2018
- .- STC 2/1981, de 30 de enero
- .- STC 6/1981, de 16 de marzo
- .- STC 22/1981, de 2 de julio
- .- STC 77/1983, de 3 de octubre
- .- STC 128/1987, de 16 de julio

- .- STC 199/1987, de 16 de diciembre
- .- STC 145/1991, de 1 de julio
- .- STC 214/1991, de 11 de noviembre
- .- STC 89/1993, de 12 de marzo
- .- STC 176/1995, de 11 noviembre
- .- STC 136/1999, de 20 de julio
- .- STC 174/2006, de 5 de junio
- .- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- .- STC 145/2014, de 22 de septiembre
- .- STC 177/2015, de 22 de julio
- .- STC 112/2016, de 20 de junio
- .- STC 35/2020, de 25 de febrero
- .- STS 2/1997, de 29 de noviembre
- .- STS 2/1998, de 29 de julio
- .- STS 216/2002, de 11 de mayo
- .- STS 633/2002 de 21 de mayo
- .- STS 1533/2004, de 21 de diciembre.
- .- STS 165/2006, de 22 de febrero
- .- STS 145/2006, de 23 de noviembre
- .- STS 1771/2007, de 19 de enero
- .- STS 656/2007, de 17 de julio
- .- STS 503/2008, de 17 de julio
- .- STS 224/2010, de 3 de marzo

- .- STS 372/2011, de 10 de marzo
- .- STS 259/2011, de 12 de abril
- .- STS 812/2011, de 21 de junio
- .- STS 1396/2011, de 28 de diciembre
- .- STS 752/2012, de 3 de octubre
- .- STS 282/2013, de 1 de abril
- .- STS 340/2013, de 15 de abril
- .- STS 587/2013, de 28 de junio
- .- STS 755/2013, de 16 de octubre
- .- STS 958/2013, de 3 de diciembre
- .- STS 106/2015 de 19 de febrero
- .- STS 646/2015, de 14 de diciembre
- .- STS 846/2015, de 30 de diciembre
- .- STS 623/2016, de 13 de julio
- .- STS 820/2016, 2 de noviembre
- .- STS 221/2017, de 29 de marzo
- .- STS 378/2017, de 17 de mayo
- .- STS 600/2017, de 25 de mayo
- .- STS 560/2017, de 13 de julio
- .- STS 706/2017, de 27 de octubre
- .- STS 79/2018, de 15 de febrero
- .- STS 95/2018, de 26 de febrero
- .- STS 646/2018, de 14 de diciembre

- .- STS 47/2019, de 4 de febrero
- .- ATS 23 de mayo de 2002.
- .- ATS 14 de junio de 2002.
- .- SAN 38/1997, de 27 de noviembre
- .- SAN 28/2000 de 20 de octubre
- .- SAN 22/2002, de 7 de junio
- .- SAN 35/2003, de 6 de noviembre
- .- SAN 34/2017, de 4 de diciembre
- .- SAN 28/2018, de 26 de julio
- .- SAN, Sala Apelación, 2/2019, de 7 de marzo
- .- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2009
- .- Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 2 de 28 de junio de 2016
- .- SAP Madrid 79/2009, de 16 de julio
- .- SAP Barcelona 713/2014, de 22 de julio
- .- SAP Navarra 55/2017, de 21 de marzo
- .- SAP Madrid 762/2017, de 29 de diciembre
- .- STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2003
- .- Sentencia del Juzgado de lo Penal de Manersa a 11 de noviembre de 2011
- .- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona de 10 de diciembre de 2013
- .- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona 237/2016, de 11 de octubre
- .- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Barcelona 357/2017, de 10 de octubre.
- .- Auto del Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid de 5 de enero de 2017

.- Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 4 de Pozuelo de Alarcón
413/2017, de 30 de octubre